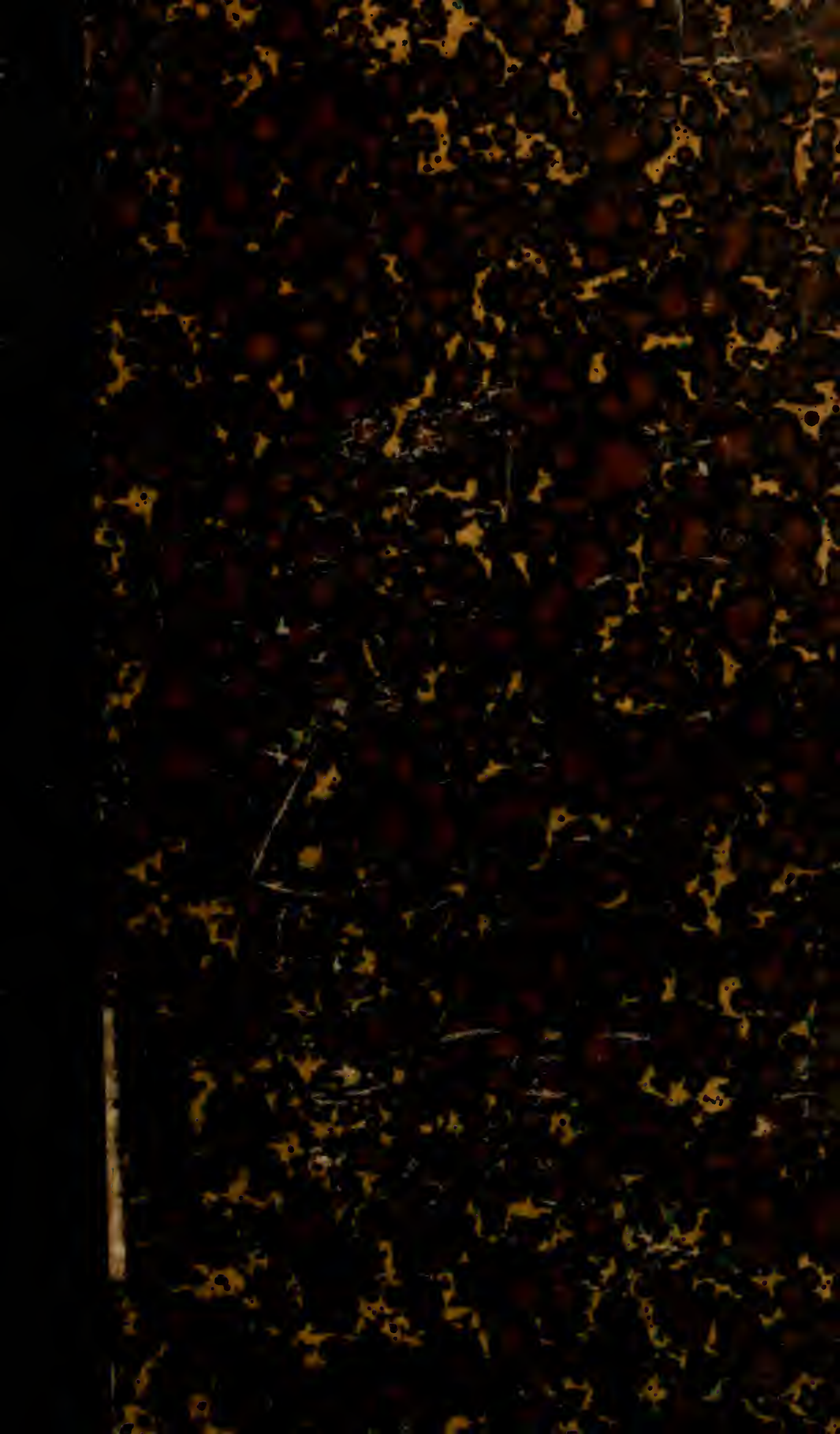




COURS

DE

CODE NAPOLÉON

XXII

V. — PARIS, TYPOGRAPHIE LAHURE
Rue de Fleurus, 9

TRAITÉ

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMNETS

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR D'APPEL DE CAEN
COMMANDEUR DE LA LÉGION D'HONNEUR

TOME CINQUIÈME

PARIS
IMPRIMERIE GÉNÉRALE
RUE DE FLEURUS, 9

DURAND & PEDONE LAURIEL
LIBRAIRES
RUE CUJAS, 9 (ANC. RUE DES GRÈS)

COSSE, MARCHAL ET BILLARD
PLACE DAUPHINE, 27

HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 79

A. MARESCQ AINÉ
RUE SOUFFLOT, 17

1876

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais* : *J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846; de Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume.

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

CHAPITRE V.

SECTION VII.

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

SOMMAIRE.

1. — Origine de l'institution des exécuteurs testamentaires. — Historique.
2. — Suite. — Explication philosophique.
3. — Suite.
4. — Division.

1. — « Le testateur pourra nommer un ou plusieurs « exécuteurs testamentaires. » (Art. 1025.)

L'institution des exécuteurs testamentaires est d'origine française ; et c'est de notre ancien droit coutumier, qu'elle a passé dans notre droit nouveau.

Plusieurs textes témoignent, il est vrai, que, chez les Romains, le testateur prenait parfois le soin de charger un tiers de l'exécution de quelques-unes de ses volontés : de pourvoir à ses funérailles, de lui élever un monument ou de procurer l'acquittement des legs d'aliments ou des legs pieux; mais ce mandat, spécial pour certaines dispositions, ne s'appliquait pas au testament tout entier; et il n'avait été l'objet d'aucune organisation (comp. L. 12, § 17, ff. *Mandati;* L. 3 et 8, ff. *De alim. legat.*; L. 12, § 4, ff. *De religios.;* L. 28 et 49, Cod. *De episcop. et cler.*).

Ricard a donc pu dire que « notre droit français s'est montré *plus industrieux* pour assurer l'exécution des dernières volontés, en permettant aux testateurs de commettre l'exécution de leurs testaments entre les mains de personnes tierces, de l'affection et fidélité desquelles ils pouvaient être assurés.... » (Part. 11, n° 59.)

Cette institution parut d'ailleurs si prévoyante et si utile, qu'elle s'accrédita même, sauf quelques modifications, dans les provinces de droit écrit (comp. *infra,* n° 43; Furgole, *Des testam.,* chap. x, sect. iv, n°s 12, 28 et 35).

2. — Le testateur peut craindre, en effet, que ses héritiers ou ses légataires ne mettent pas beaucoup d'empressement à remplir ses intentions, par négligence, par mauvaise foi peut-être, ou par cupidité; et il était logique, après lui avoir reconnu le droit de tester, de lui accorder le moyen, qui est toujours, pour lui, une si grande cause de satisfaction morale, d'assurer l'exacte et fidèle exécution de son testament (*infra*, n° 84).

Tel est le but de la nomination de l'exécuteur testamentaire, par lequel le testateur se survit, pour ainsi dire, à lui-même dans ce mandataire de son choix, qui le représente, après son décès, pour procurer l'accomplissement de ses dernières volontés!

3. — Les dispositions de nos anciennes coutumes sur

cette matière, n'étaient pas, à beaucoup près, uniformes; et, notamment, il existait, entre les coutumes de Paris et d'Orléans, de grandes différences sur l'étendue des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire; il faut même ajouter qu'aucune d'elles ne paraît avoir été, à cet égard, suffisamment précise.

L'institution coutumière a-t-elle reçu, dans notre Code, une organisation plus complète et mieux définie? nous voudrions pouvoir le dire; mais les controverses, qui s'y agitent encore, prouvent assez que les textes nouveaux n'ont pas entièrement réussi à en écarter les difficultés.

4. — Quoi qu'il en soit, c'est d'après ces textes, que nous avons à nous occuper :

I. De la nature de l'exécution testamentaire; et de ceux qui peuvent en être chargés;

II. Des fonctions de l'exécuteur testamentaire;

III. De la manière dont l'exécution testamentaire prend fin; et de l'obligation d'en rendre compte.

§ I.

De la nature de l'exécution testamentaire. — Et de ceux qui peuvent en être chargés.

SOMMAIRE.

5. — L'exécution testamentaire est un mandat; seulement, c'est un mandat d'une espèce particulière. — Explication.

6 — L'exécution testamentaire est soumise à deux sortes de règles: d'abord, aux règles générales du mandat; et puis, à certaines règles spéciales.

7. — *a.* — Les règles générales du mandat sont applicables à l'exécution testamentaire: 1° La personne, que le testateur a nommée, est libre d'accepter ou de refuser.

8. — 2° L'exécuteur testamentaire peut, même après avoir accepté, renoncer à la commission. — Dans quels cas et sous quelles conditions?

9. — 3° L'exécution testamentaire peut être confiée à ceux-là mêmes qui seraient incapables de remplir une fonction publique ou civile. — Exemples.

10. — Le testateur peut choisir comme exécuteur testamentaire, la même personne qu'il choisit comme conseil de tutelle à sa femme survivante, ou comme tuteur de ses enfants.

11. — 4° L'exécution testamentaire est gratuite. Conséquences.

5. — L'exécution testamentaire est évidemment un mandat ; *la chose parle d'elle-même,* dit Furgole (chap. x, sect. iv, n° 13).

Seulement, c'est un mandat d'une espèce particulière :

D'une part, en effet, il ne commence qu'à l'époque et par l'événement même, qui met fin au mandat ordinaire, c'est-à-dire par la mort du mandant ;

Et, d'autre part, il est imposé à des parties, qui ne l'ont pas consenti, et qui ne peuvent pas le révoquer.

Ce qui prouve que l'exécuteur testamentaire n'est pas, comme quelques-uns l'ont écrit, le mandataire des héritiers, ni des légataires (Furgole, *loc. supra cit.*, n° 10 ; Arm. Dalloz, *Dict.*, v° *Exécut. testam.*, n° 2 ; Vazeille, art. 1025, n° 1).

C'est du testateur lui-même qu'il est le mandataire ; et il ne représente pas, en effet, les héritiers ni les légataires, quoiqu'il soit préposé à une opération, qui les concerne (comp. *infra*, n°s 67, 68 ; Merlin, *Répert.*, v° *Exécut. testam.*, n° 2 ; Toullier, t. III, n° 577 ; Duranton, t. IX, n° 390 ; Coin-Delisle, *Observ.*, n° 4 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 327, note *a* ; D. *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4024 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 359).

6. — De ce qui précède il résulte que l'exécution testamentaire est soumise à deux sortes de règles :

D'abord, aux règles générales du mandat, en tant qu'elles sont compatibles avec sa nature ;

Et, en outre, à certaines règles spéciales.

7. — *a* — L'exécution testamentaire est, disons-nous, soumise aux règles générales du mandat.

Ainsi : 1° De même que le testateur est libre de nommer ou de ne pas nommer un exécuteur testamentaire : *il pourra*, dit notre texte ;

De même, la personne, qu'il a nommée, est libre d'accepter ou de refuser (art. 1984) ; car ce n'est point une charge déférée, comme la tutelle, au nom d'un intérêt public ; c'est *un simple office d'ami*, dit Pothier (Introd. au titre XVI de la cout. d'Orléans, n° 125), *une charge d'honneur et d'amitié*, dit Ricard, que l'on peut refuser, *sans être tenu d'alléguer même la moindre excuse !* (Part. II, n° 66.)

8. — 2° L'exécuteur testamentaire, après avoir accepté, est tenu sans doute de remplir la commission.

Et toutefois il pourrait y renoncer, conformément à l'article 2007, dans le même cas, qui autorise un mandataire ordinaire à renoncer au mandat, c'est-à-dire sans être tenu à aucune indemnité envers les héritiers et les légataires, s'il se trouvait dans l'impossibilité de continuer l'exécution, sans en éprouver lui-même un préjudice considérable (comp. Furgole, *loc. supra*, n° 32 ; Toullier, t. III, n° 377 ; Duranton, *loc. supra ;* Grenier, t. II, n° 228 ; Coin-Delisle, *Observ.*, n° 11 ; Troplong, t. IV, n° 1993 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 132 ; Massé et Vergé, t. III, p. 257 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 170 *bis*, 11 ; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1543 ; voyez pourtant Vazeille, art. 1025, n° 3).

9. — 3° L'exécution testamentaire peut être confiée à ceux même qui seraient incapables de remplir une fonction publique ou civile, à un étranger non naturalisé, par

exemple, ou à une femme (comp. *infra*, n° 24; Colmar, 8 nov. 1821, Stœckel, Dev. et Carr., *Collect. nouv.*, VI, II, 482).

Et il n'est pas douteux non plus que le testateur peut en charger non-seulement un tiers désintéressé, mais aussi l'un de ses légataires ou de ses héritiers;

Sauf à l'héritier, qui en aurait été chargé, à la refuser, s'il a l'intention d'attaquer le testament, ou du moins à ne l'accepter qu'avec des réserves, s'il ne veut en attaquer que quelques dispositions (comp. Toullier, t. III, n° 579; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 333, note *b*; Troplong, t. IV, n° 2011).

10. — Le testateur peut-il choisir pour son exécuteur testamentaire, la même personne, qu'il choisit pour conseil de tutelle à sa femme survivante, ou pour tuteur de ses enfants? (Art. 391, 397.)

Assurément! ces deux charges, en effet, loin d'être incompatibles, ne peuvent que se compléter et se fortifier l'une par l'autre. Qui donc pourrait être mieux en mesure d'exécuter les dernières volontés du testateur, que celui-là même auquel il a confié la garde de ses plus chers intérêts après sa mort, celle de la personne et des biens de son enfant? (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 206 *bis*; Paris, 15 messidor, an XII, Dev. et Carr., 1, 11, 203; Colmar, 8 nov. 1821, Stœckel, D., *Rec. alph. h. v.*, n° 4053; Troplong, t. IV, n° 2012; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1556.)

11. — 4° L'exécution testamentaire est gratuite; et la personne, qui en est chargée, ne peut réclamer aucune rémunération (art. 1986).

De là deux conséquences :

a. Ceux qui sont incapables de recevoir un legs du testateur, n'en peuvent pas moins être chargés par lui de l'exécution de son testament.

C'est ainsi que le tuteur peut être nommé exécuteur testamentaire par son pupille, nonobstant l'article 907.

Pareillement, l'article 909 ne fait pas obstacle à ce que le ministre du culte, qui aurait assisté le testateur dans sa dernière maladie, soit chargé par lui de l'exécution du testament, qu'il aurait fait dans le cours de cette maladie.

Pas plus que l'article 908 n'empêche le père ou la mère naturels, qui aurait épuisé sa quotité disponible en faveur de son enfant, de le nommer son exécuteur testamentaire.

Il en serait de même, enfin du conjoint en secondes noces, qui aurait déjà reçu de son conjoint tout ce qu'il pouvait recevoir (art. 1098) ; aussi, dans celles de nos anciennes coutumes, qui prohibaient les donations entre époux, la femme n'en pouvait-elle pas moins nommer son mari son exécuteur testamentaire, et *vice versa* (comp. Paris, 24 août 1825, Guimet, D., 1829, I, 34 ; Ricard, part. II, chap. II, Gloss., 1, n° 70 ; Pothier, introduct. au tit. XVI de la cout. d'Orléans, n° 125 ; Grenier, t. III, n° 335 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Duranton, t. IX, n° 395 ; Coin-Delisle, *Observ. génér.*, n° 9 ; Troplong, t. IV, n° 2010.

b. — L'exécution testamentaire peut être confiée à l'un des témoins du testament par acte public, ou même au notaire, qui le reçoit, sans que l'article 975 du Code ni l'article 10 de la loi du 25 ventôse an XI s'y opposent (Comp. *infra*, n° 19 ; et le tome IV de ce *Traité*, n° 206 ; Gand, 12 avril 1839, Minne, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4050 ; et v° *Notaire*, n° 414 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 260 ; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1555).

12. — Ce n'est pas à dire, sans doute, que le testateur ne puisse pas faire un legs à son exécuteur testamentaire, et, à plus forte raison, lui attribuer, à titre d'honoraires, la rémunération de son temps et de ses soins !

La gratuité n'est pas de l'essence du mandat ; elle est seulement de sa nature (art. 1986), et presque toujours,

en effet, ceux qui nomment un exécuteur testamentaire, lui laissent soit un legs, soit un *diamant*, c'est-à-dire, dans le sens de ce mot, d'après nos usages, un présent à titre de reconnaissance et de souvenir.

13. — Mais alors peut s'élever la question de savoir :

Si l'acceptation du legs ou du présent emporte l'acceptation de la charge;

Et réciproquement, si le refus de la charge emporte le refus et la caducité du legs ou du présent ?

Il est certain que le testateur est libre soit de subordonner sa libéralité à l'acceptation de l'exécution testamentaire, soit de rendre sa libéralité indépendante du refus de cette exécution ; et il n'y aurait aucune difficulté, s'il s'était formellement expliqué dans un sens ou dans l'autre.

Ce n'est donc que dans le cas où il n'a rien dit, que le doute peut s'élever ; mais ce doute, comme on voit, ne soulève qu'une question d'intention.

Or, à cet égard, voici la distinction, qui nous paraît devoir être proposée :

14.— S'agit-il d'un legs véritable, qui, par son importance, ne puisse pas être considéré comme la simple rémunération de la charge, et qui a été fait purement et simplement, sans aucune expression de cause, qui le rattache à l'exécution testamentaire ?

Nous n'admettons pas le sentiment de MM. Duranton (t. IX, n° 391) et Bayle-Mouillard (sur Grenier t. III, n° 327, note *c*), qui pensent que l'acceptation de la charge devra être considérée comme une condition tacite du legs (ajout. Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 257).

La présomption devrait être, au contraire, suivant nous, que le testateur n'a pas entendu faire dépendre le sort du legs de l'acceptation de la charge (arg. de l'art. 1023). Il est vrai qu'Ulpien, en Droit romain, décidait que le legs fait par un testateur à celui, qu'il avait nommé tuteur de ses enfants, devait être présumé fait sous la

condition que le légataire acceptera la tutelle, à moins qu'il n'eût exprimé une volonté contraire.... *Nisi evidenter pater expresserit velle se dare, etiam si tutelam non administravit* (L. 33. ff *De excusat. tut.*); et nous convenons aussi que Ricard, dans notre ancien Droit, admettait la décision d'Ulpien (part. III, n° 236); mais il est à noter que Ricard, qui l'admettait en matière de tutelle, la rejetait en matière d'exécution testamentaire! (*Loc. sup.*, n° 237.) Or, c'était là évidemment une contradiction! d'autant plus que la charge de tuteur étant plus onéreuse que celle d'exécuteur testamentaire, le légataire qui refuse celle-ci, est encore moins favorable que celui qui refuse la première! la décision doit donc être la même dans ces deux cas; et, à notre avis, ce qu'il faut présumer, en effet, dans les deux cas, c'est que le legs est indépendant de la charge.

Cette présomption serait surtout vraisemblable, si le legs avait été fait par un testament antérieur à celui par lequel le légataire aurait été ensuite nommé exécuteur testamentaire : « .... *Si posueris testamento legatum adscriptum, et codicillis postea factis tutorem datum* ; voilà ce que disait Ulpien lui-même (L. 32, ff. *tit. supra*);

Présomption simple, d'ailleurs, et susceptible d'être combattue par la preuve d'une intention contraire, qui pourrait résulter des termes du testament et des circonstances.

Les motifs, plus ou moins légitimes, qui porteraient le légataire à refuser la charge, pourraient-ils être pris en considération ?

Logiquement, ce n'est point là, peut-être, un élément d'interprétation propre à révéler la volonté du testateur; mais s'il y a doute, il est dans la nature des choses (et cela même est justice!), que les magistrats se montrent plus ou moins sévères contre le légataire, suivant que les motifs du refus qu'il fait, d'accomplir la mission, dont la confiance de son bienfaiteur l'a chargé, seront

sérieux ou frivoles! (Comp. Davot et Bannelier, liv. III, tit. IV, chap. xx, n° 4; Taulier, t. IV, p. 166.)

15. — Mais s'il ne s'agit que d'un salaire, ou d'un présent, qui doive être considéré comme fait à l'exécuteur testamentaire, en cette qualité, et en considération de la charge qui lui est imposée, la présomption doit être, à notre avis, que le sort de l'un est lié au sort de l'autre; d'où il suit que l'acceptation du salaire ou du présent emporte l'acceptation de la charge;

De même que le refus de la charge, ou la démission avant son accomplissement complet, emporterait la caducité et la privation du salaire ou du présent, sauf aux magistrats, s'il y avait lieu, à accorder à l'exécuteur ou à ses héritiers, sur leur demande, une partie du salaire correspondante à la partie de l'exécution, qu'il aurait accomplie; Taulier enseigne même que, dans le cas de démission, la restitution du salaire devrait toujours être complète (t. IV, p. 166); mais cette doctrine serait, à notre avis, trop absolue (comp. art. 1796; Pothier, *Des Donat. testam.*, chap. v, sect. I, art. III, § 3; Lyon, 7 avril 1835, Rapin, D., *Rec. aph.*, *h. v.*, n° 4129; Furgole, chap. x, sect. IV, n° 21; Merlin, Repert, v° *Exécut. testam.* n° 2; Coin-Delisle, *Observ. génér.*, n° 12; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 132).

16. — La distinction, que nous venons de présenter, pourrait se reproduire encore dans d'autres hypothèses, où la même question s'est élevée.

Un testateur a nommé pour exécuteur testamentaire, une personne, qui est légalement incapable de l'être, un mineur, par exemple (*infra*, n° 27); et il lui a fait un legs.

Le mineur, quoiqu'il ne remplisse pas la charge, pourra-t-il profiter du legs?

L'affirmative est évidente, si le legs n'a pas été subordonné à l'acceptation de la charge; puisque, dans ce cas, il pourrait être recueilli par celui qui, étant ca-

pable d'accepter la charge, la refusait, même sans motifs! (*Supra*, n° 14.)

Mais le legs a été fait en considération de la charge?

Delvincourt décide qu'il sera valable, d'après l'article 900, si le testateur a connu la minorité de celui qu'il nommait son exécuteur testamentaire; et qu'il sera nul, si le testateur l'a ignoré (t. 2, p. 100, note 9).

Cette distinction n'est pas admise; et nous croyons, en effet, qu'elle n'est pas juridique; car l'application de l'article 900 est indépendante du point de savoir si le testateur a connu ou ignoré l'impossibilité de la condition (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 211).

Régulièrement donc, il y aurait lieu d'appliquer l'article 900, lors même que le testateur aurait ignoré l'état de minorité de celui qu'il a nommé son exécuteur testamentaire, et de déclarer le legs valable, en considérant la condition comme non écrite.

Il n'en serait autrement, qu'autant qu'il résulterait du testament et des circonstances :

Soit que le prétendu legs n'a été, dans l'intention du testateur, qu'un salaire, ayant pour cause le payement du service, qui devait lui être rendu (comp. le tome I précité, n° 212);

Soit que le testateur n'a nommé le mineur son exécuteur testamentaire que pour le cas où il serait majeur à l'époque de son décès, et dans l'espoir que cette impossibilité temporaire aurait alors cessé (*infra*, n° 29); c'est seulement à ce point de vue que la distinction de Delvincourt nous paraîtrait exacte (comp. le tome I précité, n° 224; Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. III, n° 327, note *c*; Poujol, art. 1025, n° 3; Vazeille, art. 1030, n° 2; Coin-Delisle, Observat., n° 13; Troplong, t. IV, n° 2018; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1553).

17. — La même doctrine serait applicable au cas où le testateur aurait chargé de l'exécution de son testament

une femme mariée, s'il arrivait que son mari lui refusât l'autorisation de l'accepter (*infra*, n° 23).

Régulièrement, le legs, que le testateur aurait fait à cette femme, devrait donc être maintenu, parce que, aux termes de l'article 900, la condition d'accepter l'exécution testamentaire, serait réputée non écrite (art. 1029); à moins que l'on ne reconnût que ce legs n'était que le salaire du service, que le testateur voulait qu'on lui rendît.

18. — On pensait autrefois que, lorsque le testateur, en nommant plusieurs exécuteurs testamentaires, leur avait légué conjointement une somme à partager entre eux, la portion de ceux qui refusaient la charge, devait accroître à ceux qui l'acceptaient (comp. nouveau Denizart, *v. Exécution testamentaire*, § 3, n° 4).

Cette solution serait encore généralement vraie, soit que le testateur n'eût pas divisé les fonctions de chacun d'eux, soit même qu'il les eût divisées; du moins seraitce là une question d'interprétation; et il faut ajouter que la circonstance, que les fonctions auraient été divisées, serait, en cas de doute, un argument sérieux contre le droit d'accroissement (art. 1044, 1045; comp. Toullier, t. III, n° 602).

19. — Nous avons dit (*supra*, n° 11), que l'exécution testamentaire peut être confiée soit à ceux qui sont incapables de recevoir un legs du testateur, soit à ceux qui figurent comme témoins dans le testament notarié, par lequel elle leur est confiée, ou même au notaire, qui le reçoit.

Mais, bien entendu, c'est sous la condition qu'aucun legs ne leur soit fait!

Il est, en effet, évident :

1° Que la nomination d'exécuteur testamentaire ne conférerait pas la capacité de recevoir le legs à celui qui en serait incapable;

2° Que le legs fait à un témoin du testament par acte

public ou au notaire, n'en entraînerait pas moins la nullité du testament, lors même que le témoin ou le notaire, auquel le legs a été fait, aurait été nommé exécuteur testamentaire !

Cela est, disons-nous, évident, lorsqu'il s'agit d'un legs véritable, qui, par son importance, ne saurait être considéré comme une simple rémunération; et alors, il n'y a pas à distinguer si le legs a ou n'a pas été subordonné à l'acceptation de la charge; la même solution doit être maintenue dans tous les cas; à ce point que si le legs avait été fait à l'un des témoins ou au notaire, la nullité du testament ne pourrait pas être conjurée, lors même que le témoin ou le notaire renoncerait tout à la fois au legs et à l'exécution testamentaire !

Mais en serait-il encore de même, si le legs avait seulement le caractère d'un simple honoraire?

Cette hypothèse est délicate; et, pour l'affirmative on peut dire, avec beaucoup de force, que *la qualité d'exécuteur testamentaire ne donnant droit à aucune récompense*, ce qui lui est alloué *ne peut être considéré que comme un legs ;* tel est, en effet, le motif d'un arrêt de la Cour de Paris, du 5 février 1833 (Mallèvre, D., 1833, II, 185) ; à quoi l'on peut ajouter que, si l'on s'écarte une fois de cette règle, par la raison que l'objet du legs serait plus ou moins modique, on entre dans une voie pleine d'incertitudes et d'arbitraire (comp. Douai, 15 janv. 1834, Stœnecke, D., *rec. alph.*, *h. v.*, n° 4052 ; Grenier, t. III, n° 335 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.* note *b*).

Notre avis est, toutefois, que cette doctrine serait d'une rigueur extrême, et qu'elle ne tient point suffisamment compte des convenances et des habitudes de notre société ; aussi, Pothier ne l'admettait-il pas ; et, après avoir enseigné qu'on peut nommer son exécuteur testamentaire celui auquel *on ne peut rien léguer*, il ajoutait *qu'on peut même, en ce cas, lui faire un présent modique, qui est considéré plutôt comme une juste récompense des soins de l'exé-*

cution que comme une donation. (Introduct. au tit. XVI de la cout. d'Orléans, n° 125; et *des Donat. testam.*, chap. v, sect. I, art. 1.)

Nous croyons que ce tempérament devrait encore être admis, surtout dans le cas où le testateur n'aurait laissé à son exécuteur testamentaire qu'un objet mobilier corporel, à titre de simple présent, comme sa montre, par exemple; car un tel présent ne serait ni *rapportable*, ni *réductible*, s'il avait été fait à un héritier sans dispense de rapport, ou s'il y avait des héritiers à réserve. (Art. 852; comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 408; et le tome II de ce *Traité*, n° 312.)

Telle est, en effet, l'idée qu'exprime le mot *diamant*, que l'on a coutume d'employer en ces circonstances.

On devrait, au contraire, se montrer plus sévère dans l'appréciation du caractère de ce don, s'il consistait en une somme d'argent, comme dans l'espèce qui a été jugée par l'arrêt précité de la cour de Paris (comp. Toullier, t. III, n° 502; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 131; Colmet de Santerre, t. IV, n° 170 *bis*, 11).

19 *bis*. — Il arrive quelquefois que le testateur, au lieu de laisser un legs ou un présent à celui même qu'il nomme son exécuteur testamentaire, laisse un présent ou un legs à quelqu'un de ses proches, à son fils, à sa fille.

Et alors aussi peut s'élever la question de savoir si, en cas de prédécès, ou de refus de l'exécuteur testamentaire d'accepter le mandat, son fils ou sa fille peut néanmoins réclamer le legs ou le présent?

L'affirmative devrait généralement, suivant nous, être admise, si l'on ne trouvait pas, dans le testament, la preuve que le legs ou le présent a été fait à l'enfant, en considération de la charge imposée au père et sous la condition que celui-ci la remplira; mais la seule circonstance que le père serait nommé exécuteur testamentaire, et qu'un legs ou un présent serait fait à son enfant, ne nous en paraîtrait pas être une preuve suffisante.

Ricard rapporte un arrêt, du 27 avril 1655, qui l'a jugé ainsi, dans une espèce où pourtant une certaine connexité semblait exister entre les deux dispositions. Le testateur avait dit, en effet :

« *Je nomme Pierre mon exécuteur testamentaire, à la fille* « *duquel je lègue* 300 *livres pour une fois payer.* »

La Grand'Chambre d'Orléans n'en ordonna pas moins la délivrance du legs à la fille, quoique le père fût mort huit jours après le testateur, sans avoir pu remplir l'exécution testamentaire (Ricard, *des Disposit. condit.*, traité II, chap. IV, n° 69; Davot et Bannelier, liv. III, traité IV, chap. XX, n° 4).

20. — Remarquons, enfin, que les obligations de l'exécuteur testamentaire doivent être aussi, en général, réglées par les articles 1991 à 1996, qui règlent les obligations du mandataire (comp. *infra*, n°s 107 et suiv.; Demante, t. IV, n° 173 ; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1587).

21. — *b.* — L'exécution testamentaire est, en outre, avons-nous dit, soumise à certaines règles spéciales, qui dérivent de sa nature particulière (*supra*, n° 6).

C'est ainsi d'abord qu'elle ne peut être conférée que par testament, et, bien entendu, par un testament régulier et valable ! (Comp. Gand, 8 février 1858, Verspeyen, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4034) ;

A la différence du mandat ordinaire, qui, d'après l'article 1985, peut être donné par acte public, ou par acte sous seing privé, même par lettre, et qui peut être aussi donné verbalement.

Furgole enseignait, il est vrai, que la nomination d'un exécuteur testamentaire peut aussi être faite, non-seulement par testament, mais *par tout autre acte public ou privé, qui suffirait pour constater un mandat* (chap. X, n° 10).

Mais cette doctrine, qui ne paraît pas avoir été admise même dans notre ancien droit (comp. Pothier, *Introduct. au titre XVI de la cout. d'Orléans*, n° 125), serait certainement inadmissible aujourd'hui :

Soit d'après les textes de notre Code, qui, par la place qu'ils occupent dans le *Titre des Donations entre-vifs et des Testaments*, témoignent que cette nomination doit être, en effet, *testamentaire;*

Soit d'après les principes; car, si la nomination d'un exécuteur testamentaire n'est pas une libéralité, du moins modifie-t-elle le droit des héritiers et des légataires; or, une modification quelconque au droit des héritiers et des légataires ne saurait être faite que par un acte revêtu des formes du testament; c'est-à-dire par la seule manifestation, dans laquelle le législateur reconnaisse la volonté du propriétaire sur ce qui doit advenir de ses biens après sa mort (art. 895).

On ne saurait non plus invoquer les articles 392 et 398, qui autorisent la nomination d'un conseil de tutelle ou d'un tuteur par une déclaration faite devant le juge de paix assisté de son greffier ou devant notaire; aucun texte n'ayant reproduit cette disposition dans notre matière.

Et de là il suit :

1° Que la nomination d'un exécuteur testamentaire ne serait valablement faite, ni par un acte sous seing privé écrit de la main d'un tiers, fût-il approuvé et signé du *de cujus*, ni même par un acte notarié ordinaire;

2° Que cette nomination, faite d'abord dans un testament, ne serait pas valablement révoquée par un acte sous seing privé, qui serait seulement approuvé et signé par le *de cujus*, s'il était écrit par un autre.

Mais la révocation pourrait être faite par un acte notarié ordinaire, en vertu de l'article 1035, qui autorise, en cette forme, la révocation du testament lui-même (comp. Coin-Delisle, Observ., n° 6; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 329, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 131).

22. — Si l'exécution testamentaire ne peut être établie que par testament, du moins peut-elle être établie

par toute espèce de testament, olographe, par acte public, ou mystique;

Et non-seulement, par le testament même, dont elle a pour but d'assurer l'exécution, mais aussi par un testament postérieur, ou même antérieur;

Sans qu'il y ait lieu d'exiger que l'acte testamentaire, qui la renferme, contienne lui-même d'autres dispositions (comp. les citations, *supra*, n° 21).

23. — On a mis en question, dans le cas où l'exécution testamentaire a été établie par un testament olographe, si le notaire, que le testateur a nommé son exécuteur testamentaire, peut être choisi par le président du tribunal comme dépositaire du testament, aux termes de l'article 1007.

Question intéressante; car l'exécution testamentaire échoit souvent aux notaires, dans les attributions desquels, en effet, elle semble naturellement rentrer, et auxquels leurs clients laissent d'ordinaire ce dernier témoignage de leur confiance;

Mais question d'ailleurs bien facile à résoudre!

Où pourrait être, en effet, l'obstacle à ce que le notaire soit choisi comme dépositaire du testament olographe, qui le nomme exécuteur testamentaire? on ne saurait en apercevoir aucun ni dans les textes ni dans les principes; aussi la pratique est-elle, à cet égard, d'accord avec la doctrine (comp. *Dictionnaire du Notariat*, v° *Dépôt de testam.*, n° 45; De Belleyme, *Des Référés*, t. I, p. 356, et t. II, p. 252, 253; *Revue du Notariat et de l'Enregistr.*, t. I, n° 121).

24. — Aux termes de l'article 1028 :

« Celui qui ne peut s'obliger, ne peut pas être exécu-
« teur testamentaire. »

C'est là encore une dérogation, et des plus notables, aux règles ordinaires du mandat.

En effet, d'après l'article 1990, le mandat, en général, peut être confié à des personnes incapables de s'obliger,

sauf au mandant à subir les conséquences de son choix, et à n'avoir d'action contre son mandataire que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi à l'occasion du mandat (art. 1312).

Cette règle n'a rien d'injuste, à l'encontre du mandant, qui a choisi le mandataire, et qui pourrait d'ailleurs, à tout instant, le révoquer.

Mais telle n'est pas la position des héritiers et des légataires, qui n'ont pas choisi l'exécutenr testamentaire, et qui ne peuvent ni le révoquer, ni modifier ses pouvoirs (*supra*, n° 5).

C'est pourquoi le législateur a voulu que ce mandataire, qui leur est imposé, et qui n'est pas, à vrai dire, le leur, quoiqu'il soit préposé à leurs affaires, présentât du moins, dans leur intérêt, la garantie de saresponsabilité personnelle!

Et, comme le texte de l'article 1028 est absolu, on doit en conclure qu'il s'applique dans tous les cas, que les héritiers soient ou ne soient pas réservataires; cela est d'évidence, puisqu'il s'applique même au cas où la succession serait dévolue à un légataire universel, qui tiendrait son droit uniquement du testateur lui-même!

Preuve remarquable que la maxime : *qui peut le plus, peut le moins*, n'est pas toujours péremptoire!

Voici un homme, qui aurait pu priver de tous ses biens le frère qu'il laissait pour héritier, et qui ne pourra pas néanmoins, en le grevant seulement de quelques legs, nommer un exécuteur testamentaire incapable de s'obliger! Bien plus, le testateur, qui a laissé tous ses biens à un légataire universel, auquel il aurait pu ne laisser rien du tout, ne pourra pas non plus préposer à l'exécution de son testament une personne incapable!

C'est qu'il n'a pas fait ce qu'il pouvait faire, et qu'il a fait ce qu'il ne pouvait pas faire : *non fecit quod potuit; fecit quod non potuit!* Il était libre sans doute de ne rien laisser à son frère ou de ne pas instituer un légataire

universel; mais il n'était pas libre de faire deux choses contradictoires; et dès qu'il laissait à ce frère ou à ce légataire universel la propriété de ses biens, il ne pouvait pas gouverner encore lui-même, après son décès, ni surtout mettre à la merci d'un incapable cette propriété, qui est désormais la leur! (Comp. le tome I de ce *Traité*, nos 291-293.)

25. — Telle est la règle, dont les articles 1029 et 1030 sont eux-mêmes des conséquences.

Article 1029 : « La femme mariée ne pourra accepter « l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de « son mari.

« Si elle est séparée de biens, soit par contrat de ma-« riage, soit par jugement, elle le pourra avec le consen-« tement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la « justice, conformément à ce qui est prescrit par les ar-« ticles 217 et 219, au *Titre du mariage.* »

Ce que le législateur exige, ce n'est pas seulement que l'exécuteur testamentaire puisse s'obliger; c'est encore que l'obligation, qu'il contracte en acceptant le mandat, offre aux héritiers et aux légataires la garantie d'une pleine responsabilité; sous ce rapport, l'article 1029 est même plus qu'un corollaire de la règle posée par l'article 1028; il la fortifie et la complète!

La femme est-elle séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement? elle peut accepter l'exécution testamentaire, non-seulement avec l'autorisation de son mari, mais encore, à son refus, avec l'autorisation de justice; car, dans ce cas, l'autorisation de justice habilite la femme, tout autant que l'autorisation du mari, à s'obliger sur la pleine propriété de ses biens (art. 1449, 1536 et 1538).

Mais dans le cas, au contraire, où la femme est placée sous un régime, tel que la communauté (art. 1401, 1428) ou l'exclusion de communauté (art. 1530), qui attribue au mari la jouissance de ses biens, elle ne peut

accepter l'exécution testamentaire qu'avec l'autorisation de son mari lui-même, sans que l'autorisation de la justice puisse y suppléer. C'est que, alors, en effet, il n'y a que le mari, qui puisse autoriser sa femme à engager cette jouissance, qui lui appartient, en vertu de son contrat de mariage; il ne s'agit plus d'une simple question de capacité personnelle, mais aussi d'une question de conventions matrimoniales; et voilà pourquoi la justice, qui n'a pas le pouvoir de modifier ces conventions au préjudice du mari, ne peut habiliter la femme à s'obliger que sur la nue propriété seulement de ses biens (article 1413); or, le législateur a considéré que la garantie de son obligation personnelle ainsi réduite était insuffisante.

26. — Lorsque le mari a autorisé sa femme à accepter l'exécution testamentaire, sous le régime de la communauté, quel est l'effet de cette autorisation?

Les créanciers et les légataires ont-ils pour gage, non-seulement la pleine propriété des biens personnels de la femme, mais encore les biens de la communauté et les biens personnels du mari?

Cette question n'est pas spéciale à notre sujet; elle soulève une thèse générale, qui peut se présenter dans d'autres hypothèses encore; et nous la retrouverons dans le *Titre du contrat de mariage*, auquel elle appartient.

27. — Nous croyons qu'il faut, en ce qui concerne l'application de l'article 1029, assimiler à la femme séparée de biens, la femme mariée sous le régime dotal, lorsqu'elle a des biens paraphernaux (comp. art. 1449, 1538, 1576).

Si les rédacteurs du Code n'en ont rien dit, c'est que, à l'époque où cet article fut rédigé, on ignorait encore si le régime dotal serait admis dans notre Droit nouveau (comp. notre *Traité des successions*, t. III, n° 583).

Mais comme la position de la femme dotale, qui a des biens paraphernaux, est exactement la même, sous ce

rapport, que la position de la femme séparée de biens, il n'y a pas de motif pour que l'une ne puisse pas, aussi bien que l'autre, accepter l'exécution testamentaire, avec l'autorisation de la justice, au refus du mari (comp. notre *Traité du mariage et de la Séparation de coprs*, t. II, n° 247; Troplong, t. IV, n° 2015; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 131; Colmet de Santerre, t. IV, n° 174 *bis*, I).

28. — « Le mineur ne pourra être exécuteur testa-« mentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou « curateur. » (Art. 1030.)

Cela est évident, puisque le mineur ne peut pas s'obliger! (Art. 1028.)

L'*autorisation*, ou mieux encore, l'intervention du tuteur n'y ferait rien; car elle ne saurait effacer l'incapacité personnelle du mineur (comp. notre *Traité de la minorité, de la tutelle*, etc., t. I, n° 528).

Et si le tuteur offrait d'accomplir l'exécution testamentaire, on lui répondrait que cette charge est personnelle, et que c'est le mineur lui-même qui a été nommé, et non pas son tuteur!

29. — Le mot *curateur*, dans l'article 1030, témoigne qu'il n'y a pas à distinguer entre le mineur en tutelle et le mineur émancipé; et il y aura été inséré sans doute, afin de proscrire, dans le Droit nouveau, la doctrine de quelques auteurs qui, dans notre ancien Droit, pensaient qu'un mineur émancipé peut être exécuteur testamentaire, « lorsque l'objet de l'exécution étant peu considérable, les obligations, qui en pourraient résulter, seraient proportionnées aux revenus, dont l'émancipation lui donne le droit de disposer. » (Pothier, *Des donat. testam.*, chap. V, sect. I, art. 2.)

On comprend que notre Code n'ait pas maintenu cette doctrine, dont l'application devait offrir, en fait, beaucoup d'incertitudes.

30. — Ce que nous disons du mineur, il le faut dire également :

Soit de l'interdit (art. 502, 209, 1125);

Soit de l'individu auquel il a été nommé un conseil judiciaire (art. 499, 513; comp. notre *Traité de la minorité, de la tutelle*, etc., t. II, n° 731);

Soit de celui qui a été placé dans un établissement public ou privé d'aliénés (art. 39 de la loi du 30 juin 1838; comp. notre *Traité* précité, t. II, n° 849).

L'article 1028 justifie toutes ces solutions; et nous pouvons conclure que les personnes physiquement ou légalement incapables de s'obliger ne sauraient être chargées de l'exécution testamentaire (comp. Aubry et Rau, t. VI, p. 131).

51. — Il est d'ailleurs bien entendu que la capacité de l'exécuteur testamentaire doit être appréciée à l'époque du décès du testateur, et non pas à l'époque de la confection du testament.

Il suffit que le légataire soit capable à cette dernière époque, lors même qu'il aurait été incapable, lors de la confection du testament (art. 906).

A combien plus forte raison doit-il en être ainsi de l'exécuteur testamentaire! et voilà bien, en effet, ce qui résulte de la rédaction des articles 1028, 1029 et 1030, qui décrètent, non pas des incapacités de *nomination*, mais seulement des incapacités d'*acceptation* (comp. *supra*, n° 16; le tome I de ce *Traité*, n° 715; Toullier, t. III, n° 578; Duranton, t. IX, n° 393; Coin-Delisle, observ. n° 8; Troplong, t. IV, n° 2008).

52. — Pothier demandait si *un homme sans biens* peut être exécuteur testamentaire; et sa réponse était « qu'une personne, quelque pauvre qu'elle soit, ne peut être exclue de cette charge, et que l'on ne peut même lui demander caution, le testateur ayant bien voulu suivre sa foi. » (*Introd. au titre XVI de la cout. d'Orléans*, n° 125.)

Telle était, en effet, dans notre ancien Droit, la doctrine généralement admise (comp. Ricard, part. II, n° 66; Fur-

gole, chap. x, n° 50; Ferrière, sur l'article 297 *de la cout. de Paris*).

Telle doit être encore la doctrine moderne : *Pauvreté n'est pas vice!* dit, à ce sujet, M. Saintespès-Lescot (t. V, n° 1560).

L'article 1028 n'exige, effectivement, que la capacité personnelle de s'obliger,. sans exiger des conditions de solvabilité; aucune caution ne pourrait donc être demandée à l'exécuteur testamentaire, soit par les héritiers ou les légataires, soit par les autres exécuteurs, qui lui auraient été adjoints (sauf à ceux-ci à refuser la charge); et cela, lors même que le testateur lui aurait donné la saisine de son mobilier.

33. — Mais, pourtant, si c'était dans l'intervalle de la confection du testament à la mort du testateur, que l'exécuteur testamentaire fût devenu insolvable?

Il était en plein crédit, lors de la confection du testament; et le voilà aujourd'hui, lorsque la succession s'ouvre, en état de faillite ou de déconfiture?

Est-ce que les héritiers et les légataires seront forcés de le subir?

La négative nous paraît certaine, malgré l'hésitation de MM. Coin-Delisle (*Observ.*, n° 10), et Saintespès-Lescot (t. V, n° 1560), dans le cas où le testateur aurait ignoré, avant sa mort, ce changement de situation (arg. de l'article 2003; comp. *infra*, n° 106).

Et, tout en reconnaissant que cette solution peut soulever, au contraire, des doutes sérieux, dans le cas où le testateur aurait connu ce changement, nous serions même porté à croire que, en général, elle devrait être maintenue; et qu'il y aurait lieu de présumer qu'il n'avait nommé cet exécuteur testamentaire que *rebus sic stantibus*, sous la condition tacite qu'il ne tomberait pas en faillite ni en déconfiture; tel est aussi le tempérament, que nos anciens auteurs paraissent avoir admis (comp. Pothier, *loc. supra;* Bacquet, *Des droits de bâtardise*, chap. VII, n° 13;

Liége, 26 juill. 1823; Grenier, t. III, n° 333; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*).

34. — Le testateur est libre de nommer un seul exécuteur testamentaire, ou d'en nommer plusieurs; la loi n'en a pas même limité le nombre (art. 1025; comp. *infra*, n° 107).

Et, lorsqu'il veut en avoir plusieurs, il peut les nommer, soit par le même testament, soit par des testaments différents.

Seulement, lorsqu'après un premier testament, qui contient une nomination d'exécuteur testamentaire, un testament postérieur en contient une nouvelle, la question peut s'élever de savoir si la première nomination n'est pas révoquée par la seconde.

Nous croyons que, en général, il faut répondre négativement, et que les deux nominations doivent être maintenues; une clause testamentaire, qui n'est pas révoquée expressément, ne peut être considérée comme révoquée tacitement par un testament postérieur, qu'autant qu'elle est incompatible avec les clauses nouvelles de ce testament, ou qu'elle y est contraire (art. 1036); or, la nomination d'un second exécuteur n'est point incompatible avec la nomination du premier; et elle n'y est pas non plus contraire, d'autant moins que chacun des exécuteurs peut agir seul, sans le concours des autres (*infra*, n° 34).

La solution, toutefois, devrait être différente, si la seconde nomination était conçue de manière à révoquer entièrement la première.

Il se pourrait aussi que la révocation ne fût que partielle, comme si le second exécuteur avait été nommé avec division de pouvoirs, ou seulement pour l'exécution des dispositions du second testament (comp. Coin-Delisle, *Observ.*, n° 7).

35. — Lorsque plusieurs exécuteurs testamentaires ont été nommés, une double question peut s'élever; à savoir:

1° Si un seul peut agir, au défaut des autres ;

2° Quelle est la responsabilité de chacun d'eux ?

Telle est, en effet, la question que l'article 1031 a résolue en ces termes :

« S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient « accepté, un seul pourra agir, au défaut des autres ; et « ils seront solidairement responsables du compte du « mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur « n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se « soit renfermé dans celle qui lui était attribuée. »

Cette rédaction n'est peut-être pas d'une clarté parfaite ; aussi, a-t-elle donné lieu à quelques dissidences.

Nous croyons qu'il faut, pour la bien comprendre, mettre d'abord plus en relief la distinction, sur laquelle l'article est fondé :

Ou le testateur a divisé les fonctions de ses exécuteurs testamentaires ;

Ou il les a nommés, sans division de fonctions.

36. — Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque le testateur a divisé les fonctions de ses exécuteurs testamentaires, la réponse à notre double question est bien simple :

1° Chacun d'eux, ayant sa part déterminée d'attributions, peut agir seul dans ce cercle, où les autres ne pourraient pas agir, à son défaut ; et il doit s'y renfermer.

2° Par suite, chacun n'est tenu que de ses faits ; et il n'est responsable solidairement ni des actes de gestion exercés par les autres, ni du compte du mobilier ;

Sous la condition, bien entendu, qu'il se soit renfermé dans les fonctions spéciales, qui lui étaient attribuées ; car, s'il en était sorti, il deviendrait responsable de tout ce qu'il aurait fait au delà, et même aussi du compte du mobilier (arg. de l'article 1031) ; mais cette extension de la responsabilité ne s'appliquerait qu'à celui qui serait sorti de ses attributions, sans atteindre les autres, qui s'y seraient renfermés.

57. — Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le testateur n'a pas divisé les fonctions de ses exécuteurs testamentaires, la solution n'est pas, suivant nous, plus difficile, malgré les incertitudes qu'elle a soulevées.

On a mis d'abord en question si l'incapacité ou le refus de l'un des exécuteurs testamentaires rendrait caduque la nomination des autres, qui seraient capables et ne demanderaient pas mieux que d'accepter.

Et quelques jurisconsultes ont enseigné l'affirmative :

Le texte même de l'article 1031, dit-on, l'exige ainsi :

« S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires *qui aient* « *accepté*, un seul pourra agir, au défaut des autres. »

Donc, ce n'est qu'autant qu'ils ont tous accepté que chacun d'eux peut agir.

On ajoute que cette solution est conforme à la vraisemblable intention du testateur. Le testateur, en effet, qui a nommé plusieurs exécuteurs, n'a pas fait plusieurs nominations individuelles, mais bien une seule nomination collective, parce qu'il plaçait sa confiance dans tous ses exécuteurs ensemble, et non pas dans chacun d'eux isolément. La présomption est qu'il n'a nommé les uns qu'en considération des autres, et sous la condition, par conséquent, qu'ils seraient tous acceptants. On ne pourrait donc pas, sans diminuer les garanties qu'il a voulu donner à ses héritiers et à ses légataires, admettre comme exécuteurs quelques-uns ou même peut-être un seul de ceux qu'il a nommés, quand les autres refusent ou sont incapables (comp. Delvincourt, t. II, p. 95, note 7; Duranton, t. IX, n° 423; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 380).

Mais cette doctrine nous paraît inadmissible :

Elle l'est d'abord évidemment, suivant nous, si le testateur a divisé les fonctions de ses exécuteurs; aussi, Delvincourt (*loc. supra cit.*), qui prétend l'appliquer même à ce cas, est-il, en ce point, désavoué par Duranton lui-même (*supra*, n° 36); car cette distribution de pou-

voirs spéciaux pour chacun, témoigne certainement que le testateur n'a pas nommé les uns en considération des autres.

Mais nous croyons, d'ailleurs, qu'il faut aussi maintenir cette solution dans le cas où le testateur n'a pas divisé les attributions de ses exécuteurs.

L'argument déduit, en sens contraire, de l'article 1031 ne nous paraît, en effet, nullement décisif; l'article 1031 ne s'occupe pas de la nomination des exécuteurs testamentaires, ni du point de savoir quel sera l'effet du refus de l'un relativement à la nomination des autres. Très-différent est l'objet de cet article ! il règle une question, qui aurait pu faire quelque doute, à savoir : si plusieurs exécuteurs ayant été nommés, chacun d'eux peut agir individuellement, ou s'ils doivent tous agir collectivement; et, d'après cette donnée, il est tout simple qu'il ait dû supposer que tous les exécuteurs acceptaient. Ce qu'il a donc seulement voulu dire, c'est qu'un seul pourra agir au défaut des autres, *encore qu'ils aient tous accepté,... quoiqu'ils aient tous accepté;* telle est, à notre avis, la seule signification de ces mots : *qui aient accepté.*

Et quant à l'autre argument, d'après lequel la nomination des uns serait, de plein droit, conditionnellement subordonnée à l'acceptation des autres, il ne nous paraît pas plus exact. Les motifs, qui peuvent porter le testateur à nommer plusieurs exécuteurs testamentaires, sont, en effet, très-divers; peut être n'a-t-il voulu qu'alléger, pour chacun d'eux, le fardeau de la commission, en ne le faisant pas peser sur un seul; souvent aussi, c'est une marque d'amitié et de confiance, qu'il est bien aise de laisser en même temps à plusieurs, craignant peut-être de blesser l'affection de ceux auxquels il aurait semblé, s'il ne les avait pas nommés, avoir préféré les autres ! Nous ne nions pas qu'il se peut aussi qu'il ait voulu donner, par cette nomination multiple, plus de garanties à ses héritiers, et que son intention ait pu être de subor-

donner leur commune nomination à leur commune acceptation; mais ce que nous ne saurions concéder, c'est que tel soit son motif ordinaire, et celui que l'on doive, en général, présumer; la présomption toute contraire est, suivant nous, plus conforme à la vérité ordinaire des faits; et c'est bien là ce que l'article 1033 lui-même suppose, puisqu'il autorise chacun des exécuteurs testamentaires à agir seul, en vertu de ses propres pouvoirs, même après l'acceptation des autres; c'est donc qu'il ne suppose pas que les pouvoirs des uns aient été subordonnés aux pouvoirs des autres! (Comp. Pothier, *Des donat. testam.*, chap. v, sect. I, art. 11, § 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 329, note *b;* Troplong, t. IV, n° 2043; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 140; Colmet de Santerre, t. IV, n° 178 *bis;* Saintespès-Lescot, t. V, n° 1586.)

38. — Eh bien! donc, les exécuteurs, que le testateur a nommés sans division de fonctions, ont tous accepté.

Chacun d'eux peut-il agir seul et individuellement? ou faut-il qu'ils agissent tous ensemble et collectivement?

L'article 1033 est formel : un seul pourra agir, au défaut des autres;

Et non-seulement sans leur concours, mais malgré leur opposition, comme s'il eût été nommé seul!

Le législateur a pensé sans doute que l'exécution testamentaire aurait pu être entravée par beaucoup de retards et de difficultés, si le concours simultané de tous les exécuteurs y eût été nécessaire; et il a, en quelque sorte, considéré ce mandat comme indivisible; c'est à peu près la même règle, que l'article 1857 consacre en matière de société.

Mais comme il n'a fait, à cet égard, qu'interpréter la volonté probable du testateur, il en serait autrement, si celui-ci avait déclaré que ses exécuteurs devraient agir conjointement.

39. — Et maintenant, quelle est la responsabilité de

chacun des exécuteurs, dans cette seconde hypothèse, où le testateur n'a pas divisé leurs fonctions?

Aux termes de l'article 1995, s'il y a plusieurs mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée.

Telle est la règle générale en matière de mandat; et elle sera applicable à l'exécution testamentaire, si aucun texte spécial n'y a dérogé (*supra*, n° 7).

Ce texte existe-t-il?

Il faut distinguer :

S'agit-il de la responsabilité des faits relatifs à l'exécution testamentaire? chacun répond de soi sans doute pour le tout; mais chacun ne répond que de soi et n'est pas solidaire des autres.

On a enseigné, toutefois, la doctrine contraire, et que l'article 1033, dérogeant à l'article 1995, établissait la solidarité des exécuteurs testamentaires, relativement aux actes de leur gestion (comp. Delvincourt, t. II, p. 95, note 8; Coin-Delisle, art. 1033; Marcadé, art. 1033, n° 1).

Mais l'article 1033 ne nous paraît dire rien de pareil; ce qui en résulte seulement, c'est que les exécuteurs testamentaires seront solidairement responsables *du compte du mobilier*, *qui leur a été confié;* donc, il n'établit pas la solidarité pour les faits de l'exécution testamentaire, mais seulement *pour le compte du mobilier*.

De là deux conséquences :

1° En aucun cas, lors même que le mobilier leur a été confié, les exécuteurs ne sont solidaires de leur gestion réciproque; et cela est très-juste, puisque chacun d'eux peut agir seul, sans le concours des autres. Nous savons bien que l'on a répondu que, si cette solidarité les effraye, ils peuvent refuser! Oh! certainement! et ils n'y manqueraient pas sans doute, si telle était la condition, qu'ils dussent subir! mais apparemment, on ne nomme pas des exécuteurs testamentaires pour qu'ils refusent; et la

loi n'a pas dû, en conséquence, leur faire une situation inacceptable.

2° Ils ne sont solidairement responsables du compte du mobilier, que dans le cas où *il leur a été confié*, c'est-à-dire seulement lorsque le testateur leur en a donné la saisine. (Comp. Duranton, t. IX, n° 423; Demante, t. IV, n° 178; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 329, note *b*; Troplong, t. IV, n° 2041.)

40. — Et même, en ce qui concerne la responsabilité solidaire du compte du mobilier, la manière, dont on l'explique généralement, nous porte à croire qu'elle a été étendue au delà de ses véritables termes.

La conclusion, que l'on déduit, en général, de l'article 1033, paraît bien être, en effet, que les exécuteurs testamentaires, dont les fonctions n'ont pas été divisées, et auxquels le testateur a donné la saisine du mobilier, sont solidairement responsables du mobilier lui-même, c'est-à-dire de la représentation effective de ce mobilier ou de sa valeur. (Comp. les *Citations*, *supra*, n° 38.)

Mais il nous semble que telle n'est pas la portée de l'article 1033, lorsqu'il déclare que les exécuteurs testamentaires sont solidairement responsables *du compte du mobilier*; il ne dit pas, en effet : *solidairement responsables du mobilier*; et ces deux formules sont certainement différentes.

L'un des exécuteurs, par exemple, a disparu, emportant une partie des valeurs mobilières de la succession; les autres sont-ils solidairement responsables de ces valeurs, en ce sens qu'ils soient tenus de les payer de leurs propres deniers?

Nous ne le croirions pas; obligés qu'ils sont de rendre compte du mobilier, il faudra sans doute qu'ils prouvent que ce détournement a été commis par l'un des exécuteurs; mais une fois cette preuve faite, est-ce qu'il ne leur suffira pas de porter, en compte, cette valeur perdue sans aucun fait, qui leur soit imputable? il faut, suivant

nous, répondre affirmativement; sans quoi, on arriverait à établir une vraie solidarité entre les exécuteurs, qui se trouveraient responsables les uns de la faute des autres. (*Voy.* art. 1205); il y aurait là, en outre, une contradiction dans l'article 1033 lui-même, qui, tout en déclarant que chacun des exécuteurs ne répond que de ses faits, le rendrait, en même temps, responsable des détournements commis par les autres!

41. — L'exécution testamentaire est un témoignage de confiance personnel; et l'exécuteur ne peut pas se substituer, *se subdéléguer,* disait Ricard (part. II, n° 92), une autre personne, à moins que le testateur ne l'y ait autorisé. (Comp. art. 1032, 1994; *infra,* n° 108.)

Il n'en faut pas, toutefois, conclure que l'exécuteur soit tenu d'agir en personne, sans pouvoir se faire aider par un mandataire; ce qui serait une exagération! Il peut donc, en effet, accomplir, par un fondé de procuration, les devoirs qui lui sont imposés par le testament; il n'y a là qu'une simple délégation d'action, qui implique toujours la surveillance et la direction de l'exécuteur lui-même, et qui n'affaiblit nullement sa responsabilité. C'est ce qui a été décidé par la Cour de Cassation, dans une espèce d'autant plus remarquable, que le testateur avait nommé un exécuteur subsidiaire, *à défaut du premier.* (26 mai 1829, Gélis, D., 1829, I, 254; comp. Colmar, 8 nov. 1821, Stœckel, D., *Rec. alph., h. v.,* n° 4026; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 329, note *d;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p, 132; Massé et Vergé, t. III, p. 265.)

§ II.

Des fonctions de l'exécuteur testamentaire.

SOMMAIRE.

42. — Les fonctions de l'exécuteur testamentaire sont, en plusieurs points, différentes, suivant qu'il a ou qu'il n'a pas la saisine du mobilier. — Exposition.

43. — De la saisine des meubles, et quelquefois aussi des immeubles

qui était attribuée, de plein droit, à l'exécuteur testamentaire, par nos anciennes coutumes.

44. — D'après notre Code, l'exécuteur testamentaire n'a pas la saisine de plein droit; il faut qu'elle lui soit donnée par le testateur.

45. — La saisine ne peut être donnée à l'exécuteur testamentaire que du mobilier en tout ou en partie; et elle ne peut durer au delà de l'an et jour. — Explication.

46. — Suite.

47. — *a.* — Le testateur peut-il étendre la saisine aux immeubles?

48. — *b.* — Peut-il donner la saisine du mobilier pour plus d'un an?

49. — Le délai d'un an, qui ne peut pas être prolongé par le testateur, pourrait-il l'être par le juge, sur la demande de l'exécuteur testamentaire ou des légataires ?

50. — Suite.

51. — Le testateur, qui laisse des héritiers à réserve, peut-il donner à son exécuteur testamentaire, la saisine de tout son mobilier ?

52. — C'est de son mobilier que le testateur peut donner la saisine à son exécuteur testamentaire. — Quel est ici le sens de ce mot?

53. — Suite.

54. — Suite.

54 *bis.* — Suite.

55. — La saisine de l'exécuteur testamentaire n'est qu'une simple détention, à titre de séquestre; mais elle lui confère le droit d'appréhender le mobilier sans aucune demande.

56. — Suite.

57. — L'héritier ou le légataire universel peut faire cesser la saisine de l'exécuteur testamentaire. — De quelle manière et sous quelle condition?

58. — Transition. — Division.

59. — A. — Des fonctions de l'exécuteur testamentaire, dans l'hypothèse où le testateur lui a donné la saisine du mobilier.

60. — Suite. — Exposition.

61. — I. — L'exécuteur testamentaire est tenu de faire apposer les scellés. — Dans quels cas? — Explication.

62. — L'exécuteur testamentaire doit faire faire l'inventaire des biens de la succession.

63. — Le testateur peut-il dispenser son exécuteur testamentaire de l'obligation de faire faire cet inventaire?

64. — A qui appartient le choix de l'officier public, qui doit procéder à l'inventaire ?

65. — L'exécuteur testamentaire peut requérir toutes les mesures conservatoires, qu'il lui paraît utile de prendre dans l'intérêt de l'exécution du testament. — Exemple.

66. — Suite. — Il doit, s'il y a lieu, faire nommer un curateur à la succession vacante.

67. — II. — L'exécuteur testamentaire doit acquitter les legs mobiliers.

68. — Toutefois, il ne doit faire aucun payement, ni aucune délivrance, qu'après avoir obtenu le consentement de l'héritier, ou, à son refus, un jugement rendu contre lui et passé en force de chose jugée.

69. — Suite. — La chose jugée contre l'exécuteur testamentaire au profit

d'un légataire, ne pourrait pas nuire à l'héritier, qui n'aurait pas été partie dans l'instance. — *Quid*, de la chose jugée, en pareil cas, contre le légataire, au profit de l'exécuteur testamentaire?

70. — La demande en délivrance formée par le légataire, soit contre l'héritier ou le légataire universel seulement, soit seulement contre l'exécuteur testamentaire, fait-elle courir, à son profit, les intérêts ou les fruits de la chose léguée?

71. — Suite. — *Quid*, si le legs a été fait à l'exécuteur testamentaire lui-même ?

72. — A défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs, l'exécuteur testamentaire doit provoquer la vente du mobilier. — Explication.

73. — Suite.

74. — Si le mobilier ne suffit pas pour l'exécution du testament, l'exécuteur testamentaire peut-il poursuivre la vente des immeubles contre l'héritier ou le légataire universel?

75. — Le payement des dettes ne rentre pas dans les fonctions de l'exécuteur testamentaire. — Explication.

76. — Suite.

77. — III. — C'est le devoir général de l'exécuteur testamentaire de veiller à l'exécution du testament.

78. — Suite. — Du droit, qui appartient à l'exécuteur testamentaire, d'intervenir, en cas de contestations, pour soutenir la validité du testament. — *Quid*, s'il s'agit d'un legs immobilier?

79. — Suite.

80. — L'exécuteur testamentaire pourrait-il prendre l'offensive, et introduire une action en justice contre les héritiers, ou contre les légataires, afin d'obtenir l'exécution du testament?

81. — Suite. — *Quid*, s'il s'agit de certaines charges imposées à l'héritier, par le testateur dans son propre intérêt, et qui n'ont pas créé de droit ni d'action au profit d'un tiers?

82. — IV. — De l'obligation, qui est imposée à l'exécuteur testamentaire, de rendre compte de sa gestion, dans l'année du décès du testateur. — Renvoi.

83. — Le mandat de l'exécuteur testamentaire, en tant qu'il consiste à procurer l'exécution du testament, dure d'ailleurs autant que le soin de cette exécution l'exige.

84. — V. — Le testateur peut-il conférer à son exécuteur testamentaire des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui sont attribués par les articles du Code?

85. — Suite. — Trois conditions sont nécessaires pour que les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire puissent être étendus:

86. — 1° Il faut que les pouvoirs conférés à l'exécuteur aient pour but de procurer l'exécution d'une disposition testamentaire. — Exemple.

87. — Suite.

87 *bis*. — Suite.

88. — Suite.

89. — Suite.

90. — Suite.

91. — Suite. — Le testateur peut-il, lorsqu'il n'a pas d'héritiers à réserve, charger son exécuteur testamentaire de convertir en argent tous

42. — Avant de dire quelles sont les fonctions de l'exécuteur testamentaire, il faut s'expliquer sur la saisine, que le testateur peut lui donner de son mobilier; car précisément, ses fonctions sont, en plusieurs points, différentes, suivant qu'il a ou qu'il n'a pas cette saisine.

Article 1026 : « Il pourra leur donner la saisine du « tout, ou seulement d'une partie de son mobilier ; mais « elle ne pourra durer au delà de l'an et jour, à comp- « ter de son décès. »

Article 1027 : « L'héritier pourra faire cesser la sai- « sine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamen- « taires, une somme suffisante pour le payement des legs « mobiliers, ou en justifiant de ce payement. »

43. — Nos anciennes coutumes s'accordaient à conférer, de plein droit, la saisine d'an et jour à l'exécuteur testamentaire.

Mais, quant à l'étendue de cette saisine, il y avait, entr'elles, de grandes variétés, dont on peut voir le tableau dans Furgole, qui ajoute que la saisine n'avait pas été admise, dans les pays de droit écrit. (Chap. x, sect. iv, nos 29 et suiv.; *supra*, n° 1.)

Toutefois, d'après le dernier état du droit coutumier, la saisine ne comprenait généralement que les meubles; telle était la coutume de Paris. (Art. 297; ajout. Clermont, art. 134; Reims, art. 293; Troyes, art. 99, etc.);

Quoique, pourtant, plusieurs coutumes, et, en particulier, celle d'Orléans (art. 290), eussent continué, conformément aux anciens usages, d'appliquer la saisine aux immeubles comme aux meubles; quelques-unes la restreignaient aux acquêts, comme la coutume d'Anjou (art. 291); et même la coutume du Nivernais ne la faisait porter sur les acquêts qu'en cas d'insuffisance des meubles. (*Des Testam.*, art. 2 et 4.)

Pothier fait d'ailleurs remarquer que la saisine des immeubles ne conférait pas à l'exécuteur testamentaire le droit de les vendre, mais seulement le droit d'en toucher les revenus. (*Des Donat. testam.*, chap. v, art. 2, § 4; comp. Ricard, Part. II, nos 76 et suiv.; Delaurière, Gloss. v° *Exécut. testam.*; Ferrière, sur l'article 297 de la cout. de Paris, IV; Merlin, *Répert.*, v° *Exécut. testam.*, § 3.)

44. — Notre Code a modifié ces traditions d'une manière notable, en décidant d'abord que les exécuteurs testamentaires n'auront pas la saisine de plein droit.

L'article 1028 permet, en effet, seulement au testateur de la leur donner; et il ajoute que « *s'il ne la leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger.* »

Le législateur nouveau a considéré, sans doute, qu'il convenait de laisser au testateur lui-même le soin d'ap-

précier les circonstances et le degré plus ou moins grand de confiance, que méritent ses héritiers ou ses légataires universels ; et que, puisqu'il est libre de nommer ou de ne point nommer un exécuteur testamentaire, il devait être libre aussi de lui donner ou de ne point lui donner la saisine.

45. — De plus, en même temps que notre Code attribue au testateur le pouvoir de donner la saisine à ses exécuteurs testamentaires, il règle ce pouvoir, en décidant :

1° Que la saisine pourra être donnée seulement du mobilier, en tout ou en partie ;

2° Qu'elle ne pourra être donnée au delà de l'an et jour.

Il est facile d'expliquer cette double restriction.

La saisine de l'exécuteur testamentaire n'est, il est vrai, qu'une simple détention, qui n'enlève juridiquement à l'héritier ni la propriété, ni même la possession civile des biens (*infra*, n° 55).

Mais elle est néanmoins une entrave, qui, de fait, porte atteinte à l'exercice des droits de l'héritier (ou du légataire universel), et qui pourrait même offrir de graves inconvénients, au point de vue de l'intérêt public : soit par les conflits qu'elle est de nature à susciter entre l'héritier et l'exécuteur testamentaire ; soit par l'impossibilité où elle place l'héritier, d'appréhender sa chose, de l'administrer et d'en tirer parti.

Le législateur ne devait donc pas permettre au testateur de l'accorder sans un motif sérieux de nécessité.

Or, d'une part, si ce motif existe, à l'égard des meubles dont les détournements peuvent être à craindre, il n'en est pas ainsi des immeubles, qui ne sauraient être détournés, et sur lesquels, d'ailleurs, le droit des légataires est garanti par une hypothèque légale. (Art. 1017.)

D'autre part, le délai d'un an a paru devoir être, en général, suffisant pour l'accomplissement de cette exécu-

tion, *qui doit*, disait Guy-Coquille, *être faite promptement et sans dilation* (sur l'article 2 du titre *des Testam.*, *de la Cout. du Nivernais*) ; et il importait même de marquer nettement un délai précis, afin de prévenir les lenteurs et la négligence de l'exécuteur testamentaire.

46. — Ces motifs nous paraissent fournir la solution de deux questions, qui s'agitaient déjà dans notre ancien droit, et que l'on a soulevées encore dans notre droit nouveau, à savoir :

a. — Si le testateur peut étendre la saisine aux immeubles ;

b. — S'il peut l'étendre, pour les meubles, au delà de l'an et jour.

47. — *a.* Et d'abord, le testateur peut-il étendre la saisine aux immeubles de sa succession ?

Quelques jurisconsultes ont répondu affirmativement. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 95, note *b ;* Vazeille, art. 1026, n° 2.)

Mais la doctrine contraire est généralement admise :

Elle était celle des interprètes les plus autorisés de notre ancien droit, de Pothier notamment (*des Donat. testam.*, chap. v, sect. I, art. 11, § 3), et de Ricard (Part. II, n° 78) :

Et telle doit être aussi, suivant nous, la doctrine de notre droit nouveau. (*Supra*, n° 45.)

D'où il faut conclure que la clause, par laquelle le testateur aurait conféré à l'exécuteur testamentaire la saisine des immeubles, serait à considérer comme non écrite, et que les héritiers ou les légataires universels seraient fondés, soit à s'opposer à ce qu'il en prît la possession, soit à reprendre eux-mêmes, et tout aussitôt, cette possession, s'ils la lui avaient laissé prendre. (Art. 6, 900 ; comp., *infra,* n°s 40, 48 ; Aix, 30 août 1811, Giraud, Sirey, 1812, II, 27 ; Pau, 7 décembre 1861, Haramboure, Dev., 1862, II, 257 ; et *J. du P.*, 1863, p. 906 ; Merlin, *Répert.*, v° *Héritier*, sect. II, n° 2 *bis ;* Grenier, t. III, n° 331 ;

et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° *Exécut. testam.*, n° 54 ; Coin-Delisle, art. 1026, n° 2 ; Marcadé, art. 1026, n° 2 ; Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 284, 285 ; Mourlon, qui cite, en ce sens, M. Valette, *Répét. écrit.*, t. II, p. 378 ; Troplong, t. IV, n° 1995 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 136 ; Massé et Vergé, t. III, p. 266 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 171 *bis*, II ; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1540.)

48. — *b*. Le testateur, qui pourrait ne pas donner du tout la saisine à son exécuteur testamentaire, peut, bien entendu, ne la lui donner que pour moins d'un an, pour six mois, par exemple, ou pour trois mois.

Mais peut-il, en sens inverse, la lui donner pour plus d'un an ?

Quelques auteurs ont aussi décidé cette seconde question par l'affirmative, pour le cas, du moins, où le testateur ne laisse pas d'héritiers à réserve :

1° Qui peut le plus, peut le moins, dit-on ; or, le testateur aurait pu ne rien laisser à son héritier ; donc, *a fortiori*, a-t-il pu, en lui laissant la propriété et même la possession civile, lui enlever seulement la simple détention pendant un temps plus ou moins long.

2° Il est, d'ailleurs, facile de concevoir les motifs qui ont pu le porter à prolonger la durée de la saisine : comme si la liquidation de sa succession doit être compliquée ; s'il a craint des contestations de la part de ses héritiers ; s'il a fait des legs à terme ou conditionnels.

3° D'où l'on induit que l'article 1026, en tant qu'il limite à l'an et jour la durée de la saisine, n'est applicable que dans le cas où le testateur ne s'en est pas expliqué. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 95, note *a* ; Duranton, t. IX, n° 400 ; Vazeille, art. 1026, n° 2 ; Poujol, art. 1026, 1027, n° 3.)

Nous n'admettons pas cette doctrine ; et notre avis est, au contraire, que le testateur ne peut pas plus étendre la saisine quant à la durée que quant aux biens :

1° Le texte de l'article 1026 nous paraît formel !

« Il pourra leur donner la saisine;... *mais elle ne pourra « durer au delà de l'an et jour, à compter de son décès.* »

Ainsi, le même texte, qui concède au testateur le pouvoir de donner la saisine, ajoute, immédiatement, que *cette saisine ne pourra durer au delà de l'an et jour;* donc, c'est bien le pouvoir du testateur lui-même, qui reçoit cette restriction concomitante et inséparable de la concession, qui lui est faite.

Les travaux préparatoires ne laissent d'ailleurs, sur ce point, aucun doute.

L'article 101 du projet (correspondant à l'article 1026), était d'abord ainsi conçu :

« Il pourra leur donner la saisine, pendant l'an et jour, « à compter de son décès, de tout ou seulement d'une « partie de son mobilier. » (Fenet, t. XII, p. 386.)

De cette rédaction même, sans doute, il résultait déjà qu'il ne pouvait pas la leur donner pour un délai plus long; et toutefois, le Tribunat pensa qu'il fallait exprimer, avec plus de précision encore, que *la saisine, dans aucun cas, ne peut durer au delà de l'an et jour;* et c'est à la suite de cette observation, que l'on ajouta, dans l'article, les mots qui s'y trouvent aujourd'hui : *« mais elle ne pourra durer au delà de l'an et jour, à compter de son décès.* » (Fenet, *loc. supra,* p. 462); et voilà bien ce que déclare très-nettement aussi, M. Jaubert, dans l'*Exposé des motifs*, que *le testateur ne pourra l'étendre au delà d'une année!* (Fenet, *loc. supra,* p. 610.)

Nous avons donc raison de dire que le texte est tranchant.

2° Nous ajoutons qu'il est très-conforme aux principes. Déjà nous avons démontré, précisément dans notre matière, que la maxime : *qui peut le plus, peut le moins*, n'est pas toujours vraie en législation, et qu'il la faut appliquer avec discernement (*supra*, n° 24). Oui, sans doute, le testateur pouvait priver son héritier de tous ses biens; et c'eût été là, s'il l'avait faite, une disposition normale

qui ne blessait, en aucune façon, l'intérêt général de la société ; mais ce qui constituerait, au contraire, une disposition anomale, en opposition avec les principes essentiels du droit privé et du droit public, c'est celle par laquelle le testateur prétendrait apporter des entraves arbitraires au droit de propriété, qu'il laisse à son héritier ; et cela, pendant une durée de temps indéfinie, puisque, si une fois on sort du délai légal, il n'y a plus, en effet, de limite !

« *Iniquum est liberis hominibus non esse liberam rerum* « *suarum alienationem ;* » disait Gaius. (L. II, ff. *Si a parente quis manum.*)

Telle était aussi la doctrine de Pothier et de Ricard ; (*loc. supra*) et très-justement ! (Comp. le tome I de ce *Traité*, nos 291-293 ; Pau, 7 déc. 1861, Haramboure, Dev., 1862, II, 259 ; et *J. du P.*, 1863, p. 906 ; Lyon, 26 août 1864, Portanier, Dev., 1865, II, 254 ; sur le pourvoi, rejet, Cass., 20 mai 1867, Jomand, Dev., 1867, I, 202 ; Merlin, *Répert.*, v° *Héritier*, sect. VII, n° 2 *bis* ; et les autres citations, *supra*, n° 46.)

49. — Mais si le délai d'an et jour ne peut pas être prorogé par le testateur, pourrait-il l'être, du moins, par le juge, sur la demande de l'exécuteur testamentaire ou des légataires ?

Grenier a répondu affirmativement (t. III, n° 330) ; et cet avis est aussi celui de Troplong, qui enseigne que « rien n'empêche qu'en connaissance de cause, ce délai ne puisse être prorogé par le juge..., *s'il était prouvé qu'il fût insuffisant pour remplir la mission portée dans le testament.* » (T. IV, n° 1999.)

Mais les mêmes arguments de texte et de principe, qui s'opposent à la prorogation du délai par le testateur, nous paraîtraient, au contraire, s'opposer aussi à cette prorogation par le juge ; les termes absolus de l'article 1026 ne comportent, en effet, aucune distinction !

On objecte que, s'il y a des legs à terme ou condition-

nels, cette prorogation serait pourtant bien utile, surtout si l'on avait à craindre l'insolvabilité des héritiers!

Nous répondons, avec le texte de la loi, que la saisine ne peut durer au delà de l'an et jour, à compter du décès; lors même que le terme apposé au legs ne serait pas échu, ou que la condition sous laquelle il aurait été fait, ne serait pas accomplie; sauf à l'exécuteur testamentaire, dont la mission, bien entendu, ne finit pas avec la saisine (*infra*, n° 82), à demander, s'il y avait lieu, à la justice des mesures conservatoires, suivant le droit commun (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 183).

Pothier est, à cet égard, fort explicite :

« Lorsque l'exécuteur a été saisi, dit-il, ou a pu l'être, l'an court; et, après l'an révolu, l'exécuteur ne peut plus demeurer en possession, *quoique le testament n'ait pas été ou n'ait pas pu être encore exécuté.*

« C'est pourquoi, quand il y aurait des legs, dont la condition ne dût exister qu'après l'année, l'acquittement de ces legs, lorsque la condition viendrait à exister, ne concernerait plus l'exécuteur....

« Encore moins, l'exécuteur pourrait-il prétendre demeurer, après l'année, en possession des biens de la succession, jusqu'à l'existence de la condition.

« Néanmoins, si les héritiers n'étaient pas solvables, et que les biens de la succession ne consistant qu'en mobilier, il y eût risque qu'ils ne les dissipassent, l'exécuteur serait en droit d'exiger caution des héritiers pour sûreté des legs, dont la condition est pendante; c'est ce que décide Dumoulin (*Cout. de Paris*, art. 95, n°s 7, 8), à l'occasion d'un legs d'une somme de 200 écus, qu'un prêtre avait léguée à sa bâtarde, lorsqu'elle serait nubile. » (*Des Donat. testam.*, chap. v. sect. II, art, 4; et note 6 sur l'article 290 de la cout. d'Orléans; comp. Ricard, Part. II, n° 74; Bourjon, *des Testam.*, Part. V, chap. XI, sect. II, n° 16.)

Il ne nous paraît pas douteux que les rédacteurs de

notre Code ont entendu maintenir ces traditions coutumières. (Comp. *J. du P.*, 1863, p. 906. 907; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, page 136, 137; Massé et Vergé t. III, p. 266; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1540.)

50. — Ce qui est vrai seulement, c'est que le délai ne commencerait pas à courir, à compter du décès du testateur :

1° Si le testament, ignoré à cette époque, n'avait été découvert que plus tard; et *a fortiori*, s'il avait été retenu et caché par les héritiers, qui ne sauraient, par leur mauvaise foi, rendre illusoire la disposition du défunt;

2° Si l'exécuteur testamentaire avait été empêché d'exercer la saisine du mobilier, par des contestations, qui auraient été élevées sur la validité, soit de sa nomination, soit du testament lui-même.

C'est se conformer encore aux anciennes traditions, que d'admettre ce double tempérament.

« *Nota annum hic utilem a tempore testamenti aperti et* « *cessantis impedimenti,* » disait Dumoulin (*loc. supra*, n° 16).

C'est en ce sens que Pothier et Ricard enseignaient que *ce temps d'un an est un temps utile.*

Telle a été certainement aussi la pensée du législateur nouveau, dans l'article 1026.

C'est que, en effet, la saisine ne dure pas alors au delà de l'an et jour; seulement, le point de départ du délai est changé, par la nécessité même des choses! (Comp. Poitiers, 23 ventôse an XIII; Grenier, t. III, n° 230; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c*; Delvincourt, t. II, p. 95, note *b*; Duranton, t. IX, n° 399; Troplong, t. IV, *loc. supra cit.*; Marcadé, art. 1026, n° 11; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 137; Colmet de Santerre, t. IV, n° 171 *bis*, IV).

51. — Duranton enseigne que :

« Lorsqu'il y a des héritiers à réserve, le testateur ne peut pas, toujours et indistinctement, donner la saisine

de tout son mobilier à son exécuteur testamentaire; par exemple, si toute sa fortune ou presque toute sa fortune était mobilière, il devrait se borner à donner la saisine de certaine partie du mobilier suffisante pour l'exécution de ses dispositions particulières, et non pas donner, sans restriction, la saisine de tout son mobilier.... » (T. IX, n° 401; ajout. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 136; Massé et Vergé, t. III, p. 261, 262; Taulier, t. IV, p. 167.)

Cette doctrine semblerait, en effet, conforme aux principes, d'après lesquels la réserve doit arriver libre dans les mains de l'héritier, à qui elle est due, sans que la saisine puisse lui en être enlevée. (Art. 920, 921, 1004, 1006; comp. le tome II de ce *Traité*, n° 421.)

Nous sommes néanmoins porté à croire que le législateur n'a point admis, en cette matière, la distinction entre le cas où le testateur laisse des héritiers à réserve et le cas où il n'en laisse pas :

1° Le texte des articles 1026 et 1027 est absolu ; et l'argument, qui en résulte, acquiert surtout une grande force, lorsqu'on le rapproche des articles 1004 et 1006, qui, dans une situation analogue à celle-ci, consacrent, au contraire, formellement la distinction qu'il n'a pas faite.

2° Nous avons déjà remarqué que les traditions coutumières, dont l'autorité est toujours si considérable, dans l'interprétation de notre Code, ont particulièrement beaucoup d'importance dans ce sujet, qui est d'origine toute nationale. Or, précisément, notre ancien droit coutumier ne faisait pas cette distinction; et la saisine, dans celles des coutumes, qui l'étendaient aux immeubles, comprenait, en général, les *quatre-quints des propres*, c'est-à-dire les biens formant la réserve coutumière (*supra*, n° 43).

3° C'est apparemment que l'on a considéré :

Soit que la saisine de l'exécuteur testamentaire, n'étant qu'une simple détention à titre de séquestre, après inventaire préalable, et avec obligation de rendre compte, ne

porte pas au droit de l'héritier réservataire une atteinte telle, que l'action en réduction, qui ne peut s'ouvrir que contre *les dispositions, qui excèdent la quotité disponible* (art. 920), doive alors lui être accordée ;

Soit que l'héritier réservataire peut la faire cesser dès qu'il voudra, en exécutant les legs, ou en consignant somme suffisante à cet effet (*infra*, n° 57);

Soit, enfin, que l'on s'exposerait, dans la pratique, à beaucoup de difficultés d'exécution, si l'on voulait restreindre la saisine à la portion seulement du mobilier, qui correspond à la quotité disponible, eu égard à la masse totale du patrimoine. (Comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 171 *bis*, V; Paris, 18 déc. 1871, Aubertot, Dev., 1872, II, 169.)

52. — C'est de *son mobilier*, en tout ou en partie, que le testateur peut donner la saisine à l'exécuteur testamentaire ; or, ce mot comprend tous les biens, qui ne sont pas immeubles (art 535); non-seulement donc les meubles corporels, deniers comptants, vaisselle, ustensiles d'hôtel, bagues, joyaux, etc., mais encore les biens incorporels, *les promesses*, disait Ricard, et *les obligations mobilières, même les revenus des immeubles, échus lors du décès du testateur*. (Part. II, n° 78; ajout. Bacquet, *des Droits de bâtardise*, chap. VII, n° 5.)

53. — Quant aux revenus des immeubles, loyers ou fermages, qui échoient depuis le décès, ils ne sauraient être compris dans la saisine.

L'usage contraire s'était, toutefois, introduit au Châtelet de Paris, où on laissait l'exécuteur testamentaire percevoir tous les revenus échus durant l'année de sa saisine. (Comp. Rousseau de la Combe, v° *Exécut. testament.*, n° 7.)

Et plusieurs jurisconsultes modernes ont pensé qu'il devait en être de même sous l'empire de notre Code. (Comp. Delvincourt, t. I, p. 95, note 5; Toullier, t. III, n° 587; Poujol, art. 1031, n° 6; Duranton, t. IX,

n° 412; Troplong, t. IV, n° 2001; Taulier, t. IV, p. 168.)

Mais cette opinion nous paraît inadmissible :

1° Parce que c'est au moment du décès, qu'il faut déterminer à quels biens s'applique la saisine; or, au moment du décès, les fruits non encore perçus ou échus des immeubles, ne font point partie du mobilier (art. 520, 547);

2° Parce que ce serait véritablement donner à l'exécuteur testamentaire la saisine des immeubles eux-mêmes, que de lui donner le droit de percevoir les fruits, qui en naîtront après le décès; et la preuve en est que la saisine, que certaines coutumes lui conféraient des immeubles, ne consistait, en effet, que dans ce droit (*supra*, n° 43).

Aussi, l'usage du Châtelet était-il déjà, dès ce temps, désapprouvé par nos anciens jurisconsultes eux-mêmes. (Comp. Ricard, *loc. supra;* Furgole, chap. x, sect. iv, n° 40.)

Raison de plus pour ne pas l'admettre aujourd'hui! (Comp. Coin-Delisle, art. 1026, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 331, note *e;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 137; Colmet de Santerre, t. IV, n° 171 *bis*, II; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1539.)

54. — Le testateur est libre de ne donner à l'exécuteur la saisine que d'une partie du mobilier, et de ne l'appliquer, par exemple, qu'aux meubles corporels, qui sont le plus susceptibles de détériorations et de détournements, sans l'étendre aux meubles incorporels.

54 *bis*. — Il n'y a pas, d'ailleurs, à cet égard, de termes sacramentels; et la saisine peut être donnée soit expressément, soit tacitement; c'est ainsi que l'exécuteur aurait, sans aucun doute, la saisine, lors même que le mot ne serait pas écrit dans le testament, si les attributions, que le testateur lui a conférées, constituent cette saisine. (Comp. Bruxelles, 8 nov. 1842, Wilquet, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4057.)

55. — La saisine, c'est le pouvoir, pour l'exécuteur testamentaire, de se mettre en possession des meubles de la succession, sans jugement, sans demande. (Comp. Pothier, *loc. supra cit.*; Guy-Coquille, sur la Cout. de Nivern. des *Testam.*, art. 2.)

Pouvoir considérable sans doute, mais qui ne peut, toutefois, être exercé que sous la garantie de certaines mesures conservatoires. (*Infra*, n° 62.)

Nous avons d'ailleurs remarqué déjà que cette saisine n'est qu'une simple détention, qui n'empêche pas que la saisine héréditaire ne s'opère, même dans ce cas, au profit de l'héritier ou du légataire universel, qui est seul toujours à considérer comme le vrai possesseur! (Art. 724, 1006; comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 136.)

56. — Ce qu'il faut reconnaître aussi pourtant, c'est que cette saisine confère à l'exécuteur testamentaire un droit, ou plutôt même un devoir d'administration.

C'est ainsi qu'il peut recevoir les capitaux ou les objets mobiliers dus à la succession, et en donner, par conséquent, valable quittance aux débiteurs.

Il pourrait même, et il devrait, sous sa responsabilité, s'il y avait lieu, les contraindre au payement, et les assigner, à cet effet, en justice, pour obtenir contre eux des condamnations; nous ne saurions admettre la décision de la Cour de Bruxelles, qui a nié cette conséquence nécessaire de la saisine. (3 janv. 1824, D..., D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4092.)

Ce qui est vrai seulement, c'est que les décisions judiciaires, qui auraient été rendues contre lui au profit des tiers, ne pourraient pas être opposées aux héritiers ou aux légataires, qui n'y auraient pas été parties. Aussi, convient-il toujours qu'ils soient mis en cause, soit par l'exécuteur testamentaire, qui fera bien de n'y pas manquer, soit, à son défaut, par les tiers. (Comp. *infra*, n° 69; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. v, sect. I, art. 2, § 4;

Furgole, chap. x, sect. iv, n° 34; Toullier, t. III, n° 588; Duranton, t. IX, n° 412; Coin-Delisle, art. 1031, n° 5; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 138; Troplong, t. IV, n° 2002.)

57. — Au reste, la saisine n'étant donnée à l'exécuteur que dans le but de procurer l'exécution exacte et fidèle du testament, il est tout simple que l'héritier ou le légataire universel puisse la faire cesser, soit en justifiant de cette exécution, et notamment du payement des legs, soit même en consignant une somme suffisante à cet effet (art. 1027; *supra*, n° 51).

Mais aussi ne la peut-il faire cesser que par l'un ou l'autre de ces moyens.

Notre ancien droit coutumier paraît s'être, à cet égard, jeté dans deux exagérations contraires en sens inverse.

Tandis que, en effet, certaines coutumes ne permettaient pas à l'héritier de dessaisir l'exécuteur testamentaire, même en laissant entre ses mains *autant que monte le clair du testament* (Metz, art. 340; Bourbonnais, art. 295; Pothier, *loc. supra cit.*);

D'autres, au contraire, lui permettaient de le dessaisir, en lui offrant seulement une caution. (Comp. *le Grand Coutumier*, liv. II, chap. xl, p. 263.)

Notre Code s'est sagement gardé de l'un et de l'autre excès, en autorisant l'héritier à faire cesser la saisine de l'exécuteur, dès que l'exécution du testament est matériellement assurée; mais en ne l'admettant pas à substituer une sûreté à une autre, par l'offre d'une caution ou d'une garantie quelconque; *ce qui était un usage pernicieux*, dit de Laurière, *parce que les testaments n'étaient pas accomplis*. (Sur Loysel, *Inst. cout.*, liv. II, tit. iv, règle xv; comp., Ricard, Part. II, n°s 82, 85; Bruxelles, 16 mars 1811, Dev. et Carr., *Collect. nouv.*, 111, II, 446; Coin-Delisle, art. 1027, n° 3; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 330, note *b;* Troplong, t. IV, n° 2006; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1542.)

58. — Telle est la saisine, que le testateur peut donner ou ne pas donner à son exécuteur testamentaire.

Maintenant, nous allons exposer les fonctions de l'exécuteur, en supposant successivement :

A. — Que la saisine lui a été donnée ;

B. — Qu'elle ne lui a pas été donnée.

Et, afin d'éviter des redites, nous exposerons, d'une manière complète, dans la première hypothèse, les fonctions de l'exécuteur testamentaire; pour n'avoir plus, dans la seconde hypothèse, qu'à indiquer les différences, qui existent entre l'exécuteur, qui a la saisine, et l'exécuteur, qui ne l'a pas.

59. — A. — L'article 1031 est ainsi concu :

« Les exécuteurs testamentaires feront apposer les « scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits, ou « absents.

« Ils feront faire, en présence de l'héritier présomptif, « ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la suc« cession.

« Ils provoqueront la vente du mobilier, à défaut de « deniers suffisants pour acquitter les legs.

« Ils veilleront à ce que le testament soit exécuté; et « ils pourront, en cas de contestation sur son exécu« tion, intervenir pour en soutenir la validité.

« Ils devront, à l'expiration de l'année du décès du « testateur, rendre compte de leur gestion. »

Ce texte, qui a pour but de déterminer quelles sont les fonctions de l'exécuteur testamentaire, ne distingue pas entre l'exécuteur saisi et l'exécuteur non saisi.

On est même autorisé à croire que le législateur, en le rédigeant, n'avait en vue que le cas où l'exécuteur est saisi.

Il est clair, en effet, que l'obligation de rendre *compte de leur gestion, à l'expiration de l'année du décès*, implique nécessairement la saisine d'an et jour, sans laquelle l'exécuteur n'est chargé d'aucune gestion. (Arg. de l'article 1033).

Et on comprend d'autant mieux que les rédacteurs du Code se soient placés dans cette hypothèse, que, d'après le droit coutumier, la saisine des exécuteurs testamentaires avait lieu de plein droit, et que c'était, en conséquence, à cette hypothèse que s'appliquaient les explications de Pothier, auquel l'article 1031 a été emprunté (*des Donat. testam.*, chap. v, sect. I, art. 3).

Il nous paraît, toutefois, regrettable que cette distinction entre l'hypothèse où l'exécuteur a la saisine et celle où il ne l'a pas, n'ait pas été faite par notre Code. La dénomination même d'*exécuteur*, très-exacte, en effet, dans l'hypothèse de la saisine, ne l'est plus autant dans l'hypothèse contraire; celui qui n'a pas la saisine, peut bien *veiller* à ce que le testament soit exécuté; mais *l'exécuter* lui-même directement, c'est impossible, puisqu'il n'a rien dans les mains! et si, en effet, les *exécuteurs* testamentaires de notre droit coutumier n'avaient pas eu la saisine, peut-être n'auraient-ils pas reçu cette dénomination.

60. — Les fonctions de l'exécuteur testamentaire, d'après l'article 1031, comprennent quatre points :

I. Certaines mesures conservatoires;

II. Le payement des legs mobiliers, et la vente, à cet effet, s'il y a lieu, des meubles de la succession;

III. L'exécution, en général, des dispositions du testament, et le droit d'intervenir dans les contestations, auxquelles elles peuvent donner lieu;

IV. Le compte de sa gestion.

Nous allons exposer successivement ces fonctions, telles que les lui confère l'article 1031.

Et nous examinerons ensuite :

V. Si cet article est limitatif, ou si le testateur, au contraire, ne peut pas conférer à son exécuteur testamentaire des attributions plus étendues.

61. — I. L'article 1031 impose aux exécuteurs testa-

mentaires l'obligation d'employer deux mesures conservatoires : *les scellés et l'inventaire.*

Les scellés d'abord, qu'ils sont tenus de faire apposer, *s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents.*

Ces derniers mots ont soulevé quelques dissidences dans la doctrine; et trois opinions sont en présence :

1° La première opinion, partant de cette idée que l'exécuteur testamentaire n'est pas établi dans l'intérêt des héritiers, soutient que le premier alinéa de l'article 1031 a été abrogé par les articles 910 et 911 du Code de procédure, et que, en aucun cas, aujourd'hui, l'exécuteur testamentaire n'est obligé de faire apposer les scellés.

De deux choses l'une : si les héritiers, mineurs ou interdits, ont un tuteur, c'est à lui qu'il appartient de faire apposer les scellés; et s'ils n'ont pas de tuteur, le devoir en est imposé au ministère public et au juge de paix, comme dans le cas où les héritiers sont absents. (Pigeau, *de la Procéd. civ.*, t. II, p. 579, art. 9.)

2° D'après la seconde opinion, au contraire, le premier alinéa de l'article 1031, loin d'avoir été abrogé par les articles 910, 911 du Code de procédure, serait toujours applicable. Tel est l'avis de Troplong.

« Ce n'est pas seulement, dit-il, dans l'intérêt des légataires, que les exécuteurs testamentaires ont été établis; c'est dans l'intérêt du testament, afin que la volonté du testateur sorte son plein et entier effet...; l'apposition des scellés est un acte conservatoire; elle empêche que des mains indiscrètes, quelles qu'elles soient, ne s'emparent des meubles de la succession et n'en détournent une partie.... » (T. IV, n° 2020; ajout. D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n°s 4068, 4069; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 262).

3° Enfin, la troisième opinion enseigne que cette partie de l'article 1031 a été, non pas abrogée, mais modifiée par l'article 911 du Code de procédure, en ce sens que l'exécuteur testamentaire n'est tenu de faire apposer les

scellés, lorsqu'il y a des héritiers mineurs ou interdits, qu'autant qu'ils *sont sans tuteur*. Voilà, pour notre part, ce que nous croyons, et que cet alinéa de l'article 1031 a été conçu dans le même esprit que l'article 819, dont on s'accorde généralement à reconnaître qu'il a été ainsi modifié par l'article 910 du Code de procédure. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 626.)

L'article 1031, en tant qu'il impose à l'exécuteur testamentaire l'obligation de faire apposer les scellés, paraît bien ne la lui imposer que dans l'intérêt des héritiers, et pour le cas où ils ne peuvent pas y pourvoir par eux-mêmes; c'est par ce motif qu'il ne la lui impose que si *les héritiers sont mineurs, interdits ou absents;* circonstance, qui serait tout à fait indifférente, si l'obligation de faire apposer les scellés était imposée à l'exécuteur, dans l'intérêt des légataires. C'est à quoi, en effet, ne répond nullement Troplong, qui ne tient aucun compte de ces mots de notre article, et qui paraît confondre *l'obligation*, qui est imposée à l'exécuteur testamentaire, de faire apposer les scellés, avec la *faculté*, qu'il peut avoir, suivant les cas, de les faire apposer.

L'obligation de faire apposer les scellés n'est, d'après l'article 1031, imposée à l'exécuteur, que s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents; et encore même faut-il, d'après l'article 910 du Code de procédure, que les mineurs et interdits soient sans tuteur; c'est que le législateur a voulu qu'avant d'appréhender le mobilier, dont il devra rendre compte aux héritiers, il fût tenu de prendre les mesures conservatoires nécessaires, afin d'en établir la consistance.

Est-ce à dire pour cela que, si les héritiers ne sont ni mineurs, ni interdits, ni absents, l'exécuteur testamentaire ne pourra pas faire apposer les scellés ?

Non sans doute; et nous répondons nous-même, au contraire, qu'il le pourra dans l'intérêt des légataires (comme d'ailleurs les légataires eux-mêmes directement

le pourraient), afin, s'il le croit utile, d'empêcher le détournement, soit par les héritiers, soit par les tiers, domestiques, par exemple, du testateur, ou autres; mais ce n'est plus alors l'application du premier alinéa de l'article 1031; c'est l'application de cet autre alinéa qui, en recommandant à l'exécuteur de veiller à ce que le testament soit exécuté, lui confère, par cela même, la faculté de faire tous les actes, et surtout les actes conservatoires, nécessaires à cet effet. (Comp. Duranton, t. IX, n° 404; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 330, note *a;* Colmet-Daage, *Leçons sur le Code de Procéd. civ.*, t. III, n° 576; Marcadé, art. 1031, n° 10; Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis;* Saintespès-Lescot. t. V, n° 1561.)

62. — L'exécuteur testamentaire doit faire faire, en présence des héritiers et des autres intéressés, dénommés par l'article 942 du Code de Procédure, ou eux dûment appelés, l'inventaire des biens de la succession.

Des biens de la succession (art. 1031); donc, a-t-on dit, de tous les biens, non-seulement des meubles, mais encore des immeubles (Troplong, t. IV, n[os] 2022, 2023; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1070).

Que l'exécuteur testamentaire doive s'assurer de la consistance générale du patrimoine, qui est affecté à l'exécution du testament, cela est certain; mais nous croyons que l'obligation particulière de faire inventaire, qui lui est imposée, ne s'applique, dans la pensée du législateur, qu'au mobilier. Le législateur, en effet, suppose, dans cet article, que l'exécuteur a la saisine du mobilier; et c'est surtout pour cela qu'à l'exemple de l'ancien Droit coutumier, il exige que l'exécuteur, qui va en devenir comptable envers les héritiers, le fasse constater par un inventaire, avant de s'immiscer, si ce n'est, disait Pothier, pour choses urgentes, comme, par exemple, ce qui concerne les obsèques du défunt (*des Donat. testam*, chap. v, sect. I, art 3, § 1. Comp. *infra*, n° 76).

63. — Voilà pourquoi, selon nous, le testateur n'a pas le pouvoir de dispenser l'exécuteur de l'obligation de faire cet inventaire.

C'est là, nous le savons, une question depuis longtemps controversée.

Plusieurs jurisconsultes, dans notre ancien droit, enseignaient la doctrine contraire, et que rien ne s'oppose à ce que l'exécuteur testamentaire soit dispensé par le testateur de cette obligation. (Comp. Ricard, Part. II, n[os] 86 et suiv. ; Furgole, chap. x, sect. iv, n° 27.)

Cette doctrine a également, sous notre Code, des partisans très-convaincus, qui disent que le testateur, qui pourrait léguer son mobilier à l'exécuteur testamentaire, doit, à plus forte raison, pouvoir le dispenser d'en faire inventaire (Merlin, *Répert.*, v° *Exécut. testam.*, n° 4; Delvincourt, t. II, p. 100, note 3; Toullier, t. III, n° 604; Duranton, t. IX, n° 406; Marcadé, art. 1031 ; Troplong, t. IV, n° 2023; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4076).

Mais, d'abord, de ce motif on voit qu'il résulte que ces jurisconsultes eux-mêmes n'admettraient pas la validité de la dispense d'inventaire : 1° s'il y avait des héritiers à réserve; 2° si l'exécuteur testamentaire était incapable de recevoir un legs du testateur.

Ces deux restrictions, d'ailleurs, nous paraissent insuffisantes; et c'est la doctrine tout entière que nous croyons devoir rejeter.

Oh! sans doute, le testateur peut léguer à l'exécuteur testamentaire son mobilier, ou ce qui restera de son mobilier, après l'acquittement des autres legs; mais ce qu'il ne peut pas faire, à notre avis, c'est de lui permettre d'appréhender, sans inventaire, le mobilier dont il lui impose l'obligation de rendre compte aux héritiers. (Arg. des articles 1028, 1029, 1030; *supra*, n° 24.)

Que les héritiers, ou les légataires universels, aient dans tous les cas, nonobstant la dispense d'inventaire accordée à l'exécuteur, le droit de faire faire, à leurs

frais, cet inventaire, c'est ce qui ne saurait être contesté; car le testateur n'a pu, ni directement, ni indirectement, les priver de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 126; Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis*.)

Mais nous allons plus loin; et c'est la dispense même de faire inventaire, qui doit être, suivant nous, considérée comme non écrite.

Tel était déjà, dans notre ancien droit, le sentiment le plus général. (Comp. Ferrières, sur Paris, art. 297, n° 7; Bacquet, *des Droits de bâtardise*, chap. XII, n°s 17, 18.)

Et Pothier le justifiait fort bien en ces termes :

« La raison en est, disait-il, qu'il serait contre l'honnêteté et la bienséance que l'exécuteur voulût se prévaloir de la permission, que le testateur lui donne de ne pas faire inventaire, n'ayant aucun intérêt de ne pas le faire, et ayant, au contraire, intérêt de le faire, pour purger les soupçons sur sa conduite, auxquels il pourrait donner lieu, en ne le faisant pas. » (Note 3 sur l'article 291 de la cout. d'Orléans; et *des Donat. testam.*, *loc. supra.*)

Ce sentiment est tout à fait le nôtre. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 317; Grenier, t. I, n° 337; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Coin-Delisle, art. 1031, n° 39; Taulier, t. IV, p. 169.)

64. — A qui appartient le choix des notaires, commissaires-priseurs, ou autres, qui doivent procéder à l'inventaire?

L'ancien droit l'attribuait généralement à l'exécuteur testamentaire, par le motif que c'est à sa réquisition qu'il doit y être procédé. (Comp. Nouveau Denizart, v° *Exécut. testam.*, § 5., n°s 7 et 10; Merlin, *Répert.*, v° *Exécut. testam.*, n° 4.)

Et c'est aussi en vertu de ce motif, déduit des termes de l'article 1031, que certains auteurs modernes ont fait

la même réponse, en exceptant, toutefois, le cas où il y a des héritiers à réserve, et sauf aussi le droit qu'ils reconnaissent aux héritiers et aux légataires universels, s'ils n'agréent pas l'officier public que l'exécuteur testamentaire aurait choisi, de lui en adjoindre un autre à leurs frais. (Comp. Paris, 6 févr. 1806, Picquait, Sirey, 1806, II, 515; Delvincourt, t. II, p. 100, note 3; Toullier, t. III, n° 584; Duranton, t. IX, n° 405; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 134.)

Mais cette opinion, même avec ses amendements, nous paraît aujourd'hui inadmissible, en présence de l'article 935 du Code de procédure, qui tranche la question, en décidant que, si les héritiers, l'exécuteur testamentaire et autres, ne conviennent pas du choix des officiers publics, ceux-ci sont nommés d'office par le président du tribunal de première instance; c'est qu'en effet le droit de requérir l'inventaire appartient à chacun d'eux également (Comp. Bordeaux, 15 avril 1835, Dubois, D., 1835, II, 112; Vazeille, art. 1031, n° 3; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 331, note *e;* Coin-Delisle, art. 1031, n° 1).

Il n'en serait autrement qu'autant que le testateur, n'ayant pas d'héritiers à réserve, aurait conféré à son exécuteur testamentaire le choix de l'officier public; ce qu'il peut certainement faire dans ce cas. (Comp. Gand, 8 février 1838, Verspeyen, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4074.)

65. — Outre les scellés et l'inventaire, il n'est pas douteux que l'exécuteur peut requérir toutes les autres mesures conservatoires, qu'il lui paraît utile de prendre dans l'intérêt de l'exécution du testament.

C'est ainsi qu'il peut prendre inscription sur les immeubles de la succession, en vertu des articles 1017 et 2111.

66. — De même qu'il devrait faire nommer un curateur à la succession, si elle était vacante (art. 811; comp.

Duranton, t. IX, nos 416, 417; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 331, note *c*).

67. — II. L'exécuteur testamentaire doit acquitter les legs mobiliers; c'est-à-dire qu'il doit délivrer en nature les legs de meubles déterminés, et payer les legs de sommes d'argent ou de quantités, avec les deniers ou les quantités, qui se trouvent dans la succession (art. 1027, 1031).

68. — Remarquons, toutefois, que l'exécuteur ne doit faire aucune délivrance, ni aucun payement, qu'après avoir obtenu soit le consentement de l'héritier ou du légataire universel, soit un jugement rendu contre lui et passé en force de chose jugée.

C'est l'héritier, en effet, ou le légataire universel, qui est le débiteur des legs; et les principes du droit, d'accord avec l'équité, exigent qu'il soit mis en mesure de contrôler les demandes en délivrance formées par les légataires; nous avons déjà remarqué que l'exécuteur testamentaire ne le représente pas (*supra*, n° 5); son mandat, c'est de procurer, au nom du testateur lui-même, l'exacte et fidèle exécution du testament; et c'est en ce sens qu'on a pu dire qu'il est un médiateur entre les héritiers et les légataires, qui peut, suivant l'occurrence, prendre parti tantôt contre les uns, tantôt contre les autres.

Nous ajoutons qu'il pourrait prendre parti tout à la fois contre les uns et contre les autres, s'il arrivait que les héritiers et les légataires s'entendissent pour tromper, de concert, les intentions du testateur! (*Infra*, n° 78.)

Mais ce qu'il ne saurait jamais faire, quelle que soit l'attitude qu'il croie devoir prendre, c'est de compromettre le droit des héritiers, sans leur consentement.

Telles étaient nos anciennes coutumes. (Orléans, art. 291; Pothier, note 2 sur cet article; et *des Donat.*

testam., chap. v, sect. I, § 4; ajout. Ricard, part. II, n° 79.)

Tel est également notre Code; l'exécuteur testamentaire, qui délivrerait des legs sans le concours des héritiers ou sans avoir obtenu contre eux un jugement, le ferait donc à ses risques et sous sa responsabilité personnelle, si les héritiers prouvaient ensuite qu'il a eu tort de les délivrer, en tout ou en partie (arg. des articles 1031 et 1640; comp. Coin-Delisle, art. 1031; Troplong, t. IV, n° 2003; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 138).

69. — Aussi, faut-il tenir pour certain que la chose jugée contre l'exécuteur testamentaire au profit d'un légataire, ne pourrait pas *nuire* à l'héritier, qui n'aurait pas été partie dans l'instance (art. 1351; ajout. art. 1031).

Il est vrai, nous le croyons ainsi du moins, que la chose jugée au profit de l'exécuteur testamentaire contre un légataire, ou un individu qui se prétendait tel, pourrait *profiter* à l'héritier, lors même qu'il n'aurait pas été partie.

Mais ce n'est point là une contradiction; car le légataire, qui a lui-même accepté l'exécuteur testamentaire comme représentant de l'héritier, sans mettre celui-ci en cause, ne saurait se plaindre de ce qu'on lui oppose son propre fait; tandis qu'aucune objection pareille ne s'élève contre l'héritier, qui est demeuré étranger au procès. (Comp. *supra*, n° 5; Cass.; 18 avril 1825, Beaudenon, Sirey, 1826, I, 150; Cass., 5 déc. 1831, Brechard, D., 1832, I, 382; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 331, note *c*; Troplong, t. IV, n° 2005; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 135.)

70. — Le même principe nous paraît devoir fournir la solution de la question de savoir si la demande en délivrance formée par le légataire, soit contre l'héritier ou le légataire universel seulement, soit seulement contre l'exécuteur testamentaire, fait courir, à son profit, les intérêts ou les fruits de la chose léguée (art. 1011, 1014).

Cette question était controversée déjà, dans notre ancien droit; et tandis que Duplessis pensait que les intérêts ne doivent courir au profit du légataire que du jour où la demande formée par lui contre l'un des deux a été dénoncée à l'autre, Pothier, au contraire, enseignait qu'ils doivent courir au profit du légataire, du jour de la demande donnée contre l'exécuteur, sauf le droit, pour l'héritier, de ne les point passer en compte à l'exécuteur, tant que la dénonciation de la demande ne lui a pas été faite. (*Des Donat. testam.*, chap. v, section 1, § 4.)

La doctrine de Pothier compte encore des partisans sous notre Code (comp. Toullier, t. III, n° 542 et 553; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 138, 156 et 160).

Mais, pourtant, la demande en délivrance ne peut faire courir les intérêts au profit du légataire, qu'autant qu'elle est formée contre celui qui pourrait consentir la délivrance du legs; or, ni l'exécuteur testamentaire seul, ni l'héritier seul, quand l'exécuteur a la saisine, ne pourront consentir la délivrance; donc, il paraît logique que la demande en délivrance soit formée à la fois contre l'un et contre l'autre; du moins ce mode de procéder est-il, à notre avis, le plus prudent. (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 594; Grenier, t. III, n° 338.)

71. — Et, par suite aussi, nous croirions que l'exécuteur testamentaire, auquel un legs aurait été fait, ne serait pas lui-même dispensé d'en faire la demande en délivrance aux héritiers (comp. *supra*, n° 67; le tome IV précité, n° 621; *voy.* toutefois Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 155, 156).

72. — A défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs, l'exécuteur testamentaire doit *provoquer la vente du mobilier*.

C'est-à-dire que cette vente est faite à sa requête, en vertu de la saisine, que le testateur lui a conférée (*loc. supra cit.*)

Mais elle ne peut, toutefois, être faite que du consentement de l'héritier, qui est le propriétaire, ou, à son refus, qu'après avoir été ordonnée par la justice, afin que, dans l'intérêt de tous, de l'héritier, de l'exécuteur et des tiers acquéreurs, l'opportunité et la régularité des ventes ne soient pas susceptibles d'être contestées.

« *Executor potest apprehendere*, disait Dumoulin, *non autem vendere sine hærede* (sur Paris, art. 95, n° 10; comp. *supra*, n° 68). »

73. — Il est clair aussi que la vente du mobilier ne doit avoir lieu que jusqu'à concurrence de la somme nécessaire au payement des legs, et plus généralement à l'exécution du testament : *usque ad concurrentiam tantum* (Dumoulin, *loc. supra*).

Et s'il n'y a lieu de vendre qu'une partie des meubles, c'est à l'héritier qu'il appartient de désigner ceux qu'il désire garder de préférence (comp. Camus, n° 5, sur l'article 297 de la cout. de Paris ; Comm. de Ferrière).

De même qu'il pourrait, en offrant une somme suffisante, empêcher tout à fait la vente (art. 1027 ; *supra*, n° 57).

74. — Mais si, au contraire, le mobilier ne suffit pas, l'exécuteur testamentaire peut-il, de plein droit, en vertu de son mandat normal, poursuivre la vente des immeubles contre l'héritier ou le légataire universel?

Question très-controversée!

Quelques coutumes lui conféraient formellement ce pouvoir (Châlons, art. 75 ; Nivernais, chap. XXXIII, art. 2 et 4 ; Meaux, art. 38 ; Blois, art. 77). L'usage l'avait accrédité aussi dans le ressort de certaines coutumes, muettes à cet égard ; et plusieurs jurisconsultes l'approuvaient (Ferrière, gloss. 2, n° 9 ; Furgole, chap. X, sect. IV, n° 41).

Cette pratique, toutefois, avait été désavouée par d'autres ; Ricard y trouvait *beaucoup à redire* (part. II, n° 78) ; et Pothier enseignait nettement que *l'exécuteur ne peut ni*

vendre les héritages, ni faire condamner les héritiers à en souffrir la vente; et cela, sous la coutume d'Orléans, qui pourtant lui en accordait la saisine! car, ajoutait-il, *cette saisine n'est qu'à l'effet d'en toucher les revenus.* (*Des Donat. testam.*, chap. v, sect. I, art. 11, § 4.)

Les mêmes dissidences existent encore; et un parti considérable, parmi les modernes, enseigne que l'exécuteur testamentaire ne peut pas poursuivre la vente des immeubles contre l'héritier :

C'est du *mobilier* seulement, dit-on, que l'article 1026 autorise le testateur à lui donner la saisine; et c'est seulement aussi du *mobilier*, que l'article 1031 l'autorise à provoquer la vente; or, ne serait-ce pas lui donner indirectement la saisine des immeubles, et même de plein droit, que de l'autoriser à en poursuivre la vente?

On ajoute que les motifs ne sont pas, en effet, les mêmes, à l'égard des immeubles, sur lesquels les droits des légataires sont mieux assurés; et que le législateur a pu vouloir, en conséquence, laisser aux héritiers la faculté de payer les legs au moyen d'un emprunt, ou de solliciter un délai des légataires, avant d'en venir à une vente d'immeubles (comp. Delvincourt, t. II, p. 100, note 5; Coin-Delisle, art. 1031, n° 7; Duranton, t. IX, n°s 410, 411; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 331, note *c;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 134, 135; Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis*, IV).

Nous ne croyons pas pourtant que cette doctrine soit exacte :

1° Il faut d'abord écarter l'argument, qui consiste à dire que l'exécuteur testamentaire, ne pouvant pas avoir la saisine des immeubles, ne peut pas poursuivre l'héritier, afin de faire ordonner, contre lui, qu'il sera vendu des immeubles, pour satisfaire à l'exécution du testament. Autre chose est, en effet, la saisine; autre, le droit, dont il s'agit, pour l'exécuteur, d'assigner l'héritier en justice, afin d'obtenir contre lui cette condamnation. Les léga-

taires ne sont pas non plus saisis; et pourtant, ils pourraient obtenir une condamnation contre l'héritier, et l'exécuter par la saisie et l'expropriation des immeubles? Bien plus! est-ce que l'exécuteur, alors même qu'il n'est pas saisi du mobilier, ne peut pas contraindre l'héritier à en souffrir la vente pour l'exécution du testament? oui sans doute (*infra*, n° 100); donc, le droit de contraindre l'héritier à la vente des biens, est distinct de la saisine!

2° Et maintenant, ce droit appartient-il à l'exécuteur testamentaire, relativement aux immeubles? nous le croyons: l'exécuteur est chargé de *veiller à ce que le testament soit exécuté;* et il peut employer, à cet effet, toutes les voies, que la loi admet en général, et qu'elle ne lui interdit pas; qui veut, en effet, la fin, veut les moyens; or, la vente des immeubles peut être le seul moyen d'arriver à l'exécution du testament, si les meubles, par exemple, sont d'une valeur tout à fait insuffisante.

3° On dit : c'est l'affaire des légataires! l'exécuteur n'a pas à s'en mêler; et Coin-Delisle a même écrit que *son mandat de surveillance et de vigilance n'en fait pas l'agent des legataires!* (*Loc. supra cit.*)

Mais un tel système nous paraît inadmissible, au double point de vue du droit et du fait;

En droit, parce que l'exécuteur a précisément le pouvoir d'agir dans l'intérêt des légataires, son mandat étant de veiller à l'exécution du testament;

En fait, parce que ce pouvoir d'initiative, de la part de l'exécuteur, est souvent le moyen indispensable pour obtenir l'exécution du testament! Qui donc demanderait cette exécution contre l'héritier, lorsqu'il s'agit de dispositions faites par le testateur dans son propre intérêt, et qui n'ont pas créé de droit ni d'action au profit d'un tiers, comme la charge imposée à l'héritier de faire construire un mausolée au défunt? Et même, relativement aux legs, est-ce que cette initiative ne peut pas être aussi très-utile ou plutôt encore indispensable? Oh! sans doute,

le légataire est libre d'accorder un délai à l'héritier, comme il serait libre de répudier le legs; mais qui ne sait combien de fois il arrive que celui-là même des légataires, qui aurait le plus vif désir d'avoir son legs, répugne, par un sentiment qu'il est facile de comprendre, à recourir aux voies forcées d'exécution contre l'héritier, contre le frère ou le fils peut-être de son bienfaiteur! Nous avons vu de ces exemples, et des legs, même considérables, demeurer sans exécution, parce que le légataire n'a pas cru devoir pousser les choses à l'extrême, et faire cesser judiciairement l'inexécution, qui résultait des lenteurs interminables et de l'inertie de l'héritier. Eh bien! nous disons que c'est alors le devoir de l'exécuteur testamentaire de lui venir en aide et de faire exécuter le testament!

Et s'il faut, pour cela, que les immeubles soient vendus, nous concluons qu'il a le droit de demander que cette vente soit faite! (Comp. Pau, 24 août 1825, Guimet, D., 1826, II, 4; Cass., 26 novembre 1828, mêmes parties, Dev. et Car., 9, I, 192; Toullier, t. III, n° 593; Poujol, art. 1031, n° 7; Vazeille, art. 1031, n° 12; Favart, *Répert.*, v° *Exécut. testam.*, n° 4; Troplong, t. IV, n° 2025; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 262, 263.)

75. — Quant au payement des dettes, la règle est que cette opération ne rentre pas dans les fonctions de l'exécuteur testamentaire :

Soit d'après nos textes, qui ne le chargent que du payement des legs, et de l'exécution du testament (article 1027, 1031);

Soit d'après les principes; car le payement des dettes ne concerne pas l'exécution du testament; *Quia debita non sunt onus testamentorum.* (Dumoulin sur Paris, article 95, n° 13; Comp. Bruxelles, 4 juin 1832, Figuer, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 4090.)

D'où il suit que ce n'est pas contre l'exécuteur testa-

mentaire, que les créanciers de la succession doivent diriger leur demande à fin de payement.

Quelques coutumes, il est vrai, conféraient aux exécuteurs testamentaires le pouvoir de payer les dettes; mais Ricard explique que ce pouvoir dérivait, pour eux, non pas des fonctions mêmes de leur charge, mais de la saisine, qu'ils avaient du mobilier, sur lequel les créanciers ont le droit d'être payés, même par préférence aux légataires. (Part. II, nos 80, 81.)

A ce point de vue, il faut, en effet, reconnaître encore que l'exécuteur testamentaire pourrait être contraint de payer les dettes; comme si les créanciers de la succession avaient pratiqué, entre ses mains, des saisies-arrêts, qu'ils auraient fait déclarer valables, ou si les héritiers eux-mêmes lui demandaient de faire ce payement.

Et nous croyons aussi que l'exécuteur, qui se trouverait empêché d'exécuter le testament, à raison de l'existence des dettes, pourrait assigner l'héritier, afin d'être autorisé par la justice à les payer.

En aucun cas, d'ailleurs, il ne les devrait payer *sine hærede!* à l'exception seulement de certaines dettes modiques et urgentes, telles que les salaires dus aux domestiques ou autres, *ayant*, disait Guy-Coquille, *considération spéciale de pitié*, et aussi des frais de dernière maladie, dettes privilégiées, que l'exécuteur testamentaire a coutume de payer, et avec raison, sous sa responsabilité personnelle (*supra*, n° 68; Guy-Coquille *sur la cout. de Nivernais*, *des Testam.*, art. 7; Merlin, *Répert.*, v° *Exécut. test.*, t. IV, p. 922; Grenier, t. III, n° 331; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b*; Duranton, t. IX, n° 414; Coin-Delisle, art. 1031, n° 6; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 135 et 138; Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis*, V).

76. — Ce que nous venons de dire doit surtout s'entendre des dettes même de la succession, de celles qui étaient à la charge du testateur.

Mais il en est autrement de celles des dettes, qui ont

été contractées par l'exécuteur testamentaire lui-même, dans l'accomplissement de ses fonctions; car celles-ci sont relatives à l'exécution du testament; et par le même motif qu'il a pu les contracter, il doit pouvoir aussi les payer, pour les porter ensuite dans son compte, sauf le droit de l'héritier de les contrôler, et d'en demander la réduction, s'il y a lieu; tels sont les frais de scellés, d'inventaire, les dépenses nécessaires pour les obsèques du défunt, pour la construction d'un tombeau, etc. (comp. *supra*, n° 62; Toullier, t. III, n° 591; Marcadé, art. 1031).

77. — III — C'est d'ailleurs le devoir général de l'exécuteur testamentaire de *veiller à l'exécution du testament.*

Qui veut la fin, veut les moyens; et pour que l'exécuteur testamentaire puisse remplir son mandat, il faut bien qu'il en ait le pouvoir.

C'est ainsi que nous venons de décider qu'il peut, si cela est nécessaire, contraindre l'héritier à la vente des immeubles (comp. *supra*, n° 74).

78. — Voilà pourquoi il peut, *en cas de contestations sur la validité du testament, intervenir pour en soutenir la validité;*

Intervenir, disons-nous, non-seulement en première instance, mais encore en appel (comp. Rennes, 12 juill. 1864, Trouessard, Dev., 1864, II, 181);

Et non pas seulement pour soutenir la validité du testament lui-même tout entier, mais encore pour soutenir la validité de tel ou tel legs, qui serait contesté par l'héritier ou par un autre légataire; tel est certainement le sens de l'article 1031.

Peu importe aussi, suivant nous, qu'il s'agisse d'un legs mobilier, ou d'un legs immobilier; car nous ne saurions admettre le sentiment de Grenier, qui pense que « notre législation actuelle restreint les fonctions de l'exécuteur testamentaire à l'acquittement des legs mobiliers. » (T. III, n° 331.)

Il est vrai que la saisine ne peut être donnée que du mobilier, et que c'est, en effet, surtout pour les legs mobiliers, que la nomination d'un exécuteur peut être utile; mais sa mission ne s'en étend pas moins, et très-souvent aussi, avec beaucoup d'utilité, à toutes les autres dispositions du testament, et notamment aux legs immobiliers, tels, par exemple, que le legs d'un immeuble ou d'un droit réel de servitude, ou autre, sur un immeuble, dont son devoir est d'assurer également l'exécution (comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis*, VI).

79. — Ce qui est vrai seulement, c'est que l'exécuteur testamentaire ne pourrait pas intervenir dans les contestations, qui ne seraient pas relatives à la validité du testament ou de quelqu'une de ses dispositions, mais qui s'engageraient entre l'héritier ou le légataire universel et un tiers, débiteur de la succession ou détenteur d'un bien héréditaire; pas plus qu'il n'aurait à jouer un rôle dans les transactions ou arrangements, qui pourraient avoir lieu entre eux, sur ces sortes d'intérêts (comp. *supra*, n° 75; Metz 13 juill. 1865, Chalupt, dev. 1866, II, 29; Toullier, t. III, n° 591; Duranton, t. IX, n° 415; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 135).

Et encore, pensons-nous que ce serait le droit et le devoir de l'exécuteur d'intervenir, s'il s'apercevait que les héritiers s'entendent frauduleusement avec les tiers pour dissimuler au préjudice des légataires, l'actif réel de la succession, soit par des jugements, qu'ils voudraient laisser rendre collusoirement contre eux, soit par des traités quelconques (*supra*, n° 68).

Les savants auteurs, que nous venons de citer, limitent, suivant nous, beaucoup trop sa mission, lorsqu'ils enseignent que l'exécuteur testamentaire *pourrait seulement en prévenir les légataires!*

Notre avis est, au contraire, qu'il pourrait intervenir, lui-même, en sa qualité. N'est-ce pas, en effet, veiller encore à l'exécution du testament, que d'empêcher le dé-

tournement frauduleux des valeurs, qui doivent y satisfaire! (Comp. *supra* nos 61, 62; Cass. 15 avril 1867, Trouëssart, Dev. 1867, I, 207; Limoges, 13 mai 1867, Planet, Dev. 1867, II, 314; Saintespès-Lescot, t. V, n° 157, IV.)

80. — Bien plus! nous pensons que l'exécuteur testamentaire pourrait prendre lui-même l'offensive, et introduire une action en justice, afin d'obtenir l'exécution des volontés du testateur, soit contre les héritiers, soit contre les légataires, soit contre les uns et les autres ensemble.

Objectera-t-on que l'article 1031 lui donne seulement le droit d'intervenir? (Duranton, t. IX, n° 413.)

Mais c'est que cet article n'a en vue que le cas le plus ordinaire; et nous avons déjà constaté qu''il n'est pas limitatif (*supra*, n° 77; comp. Troplong, t. IV., n° 2024).

Ce droit même d'intervention, que l'article 1031 reconnaît à l'exécuteur, témoigne qu'il a le droit de poursuivre, même par les voies judiciaires, l'exécution du testament.

La raison et la nécessité exigent, en effet, qu'il en soit ainsi.

Comment! voilà un héritier, qui s'entend avec un légataire, pour tromper les volontés du testateur; il n'y a pas de contestation entre eux; tout au contraire! ils sont très-bien d'accord pour convenir, par exemple, de diminuer de moitié, afin de partager ensemble la différence, la somme que le testateur a déclaré vouloir être employée à la célébration de messes pour le repos de son âme, ou à l'érection d'un monument funèbre, ou à la fondation d'un établissement de charité ou d'éducation.

Et l'exécuteur testamentaire ne pourrait pas agir pour déjouer ce concert, et réclamer l'entière et loyale exécution du testament!

Cela nous paraît impossible. (Comp. Bourges, 28 floréal an XIII, Tardif, Sirey, 6, II, 394; Bayle-Mouillard

sur Grenier, t. III, n° 337, note *b;* Cass. 9 janvier 1872, Pinel, Dev., 1872, I, 107.)

81. — Supposez même qu'il n'y a pas de légataire, et qu'il s'agit d'une charge, que l'auteur de la succession s'est borné à imposer à son héritier, sans faire d'ailleurs aucun legs.

Primus meurt, laissant pour unique héritier son frère; et le testament, qu'il a fait, lui impose seulement la charge d'employer une somme déterminée, pour ses funérailles, dont il a lui-même réglé les conditions et la solennité; ou pour faire dire à son intention, un certain nombre de messes; ou pour lui faire ériger un mausolée; ou (comme il arrive aussi quelquefois) pour nourrir et soigner un animal, qu'il affectionnait, un chien, un cheval (comp. le tome I de ce *Traité,* n° 617).

Mais, dira-t-on peut-être, est-ce que ces sortes de clauses sont valables par elles-mêmes, indépendamment de toute disposition testamentaire?

Le testament est un acte par lequel *le testateur dispose de tout ou de partie de ses biens;* et toute disposition testamentaire doit constituer un legs, universel, à titre universel ou à titre particulier (art. 1002); or, il n'y a, dans ce cas, aucune disposition de biens, ni aucun legs; donc, il n'y a pas de testament; donc, une telle clause n'est pas obligatoire.

Elle ne le serait certainement pas, si le défunt n'avait pas nommé un exécuteur testamentaire; car il est évident que son unique héritier pourrait alors impunément ne la point accomplir (comp. Grenoble, 16 mai 1842, Cotton, Dev., 1843, II, 279).

Or, la nomination d'un exécuteur testamentaire ne crée pas la validité de la clause testamentaire; elle a seulement pour but d'en assurer l'exécution; et elle en présuppose elle-même la validité intrinsèque.

Dans le sens de cette argumentation, on pourrait invoquer ce fragment de Pomponius:

« *In testamentis quædam scribuntur, quæ ad auctoritatem tantum scribentis referuntur, nec obligationem pariunt...; si te hæredem solum instituam, et scribam uti monumentum mihi certa pecunia facias...;*

« .... *Aliter atque, si cohærede tibi dato, idem scripsero.* » (L 7 ff. *de Annuis legat.*)

D'où l'on conclurait que les clauses de ce genre peuvent bien être imposées comme des charges à des legs, et qu'elles ne peuvent pas subsister par elles seules.

Mais empressons-nous de désavouer cette logique radicale et presque impie!

C'est bien mal à propos, d'abord, qu'elle invoque le droit romain; car, précisément, le droit romain avait admis, pour ces hypothèses mêmes, des espèces d'exécuteurs testamentaires (*supra*, n° 1); et Pomponius, dans le fragment précité, ajoute qu'il faut, autant que possible, en prescrire l'exécution : « .... *Interventu judicis, hæc omnia debent, si non ad turpem causam ferantur, ad effectum perduci.* » (Comp. L. 12, § 17, ff. *Mandati;* L. 12, § 4, ff. *de Religiosis.*)

Quant à nos textes modernes, ce qu'ils déclarent aussi, c'est que le testateur peut disposer soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous *toute autre dénomination propre à manifester sa volonté* (art. 967, 1002).

Disposer de ses biens d'ailleurs, dans le sens élevé de ce mot, ce n'est pas seulement les *donner;* c'est en commander un emploi quelconque, reconnu par la loi, et qui devra être fait après le décès du disposant : « .... *de eo, quod quis, post mortem suam, fieri velit.* » (L. I, ff. *Qui testam. fac. poss.*)

Aussi, la jurisprudence est-elle, à cet égard, constante :

« Considérant, dit la Cour de Caen, que le testateur n'a eu nullement pour objet direct l'institution d'un légataire, mais qu'il a disposé dans son propre intérêt.... » (10 février 1831, Sohier; ajout. Cass., 16 juill. 1834,

mêmes parties, D., 1834, I, 390; Caen, 28 nov. 1865, Odollent, Dev. 1866, II, 264.)

« Attendu, dit la Cour de cassation, que le testateur, usant de la latitude, qui lui était accordée par la loi, pour la manifestation de ses dernières volontés, a pu, sans faire de légataires particuliers, imposer à sa succession certaines charges, et en confier l'accomplissement à son exécuteur testamentaire.... » (27 juin 1859, Monneron, Dev., 1859, I, 653.)

C'est, en effet, alors surtout, que la nomination d'un exécuteur testamentaire est indispensable; et, par le même motif, il est indispensable aussi que l'exécuteur testamentaire ait le droit d'agir en justice pour obtenir l'exécution des volontés du testateur. (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 417; Paris, 24 août 1825, Guimet, D., 1826, II, 4; Cass., 26 nov. 1828, mêmes parties, D., 1829, I, 34; Douai, 31 mars 1853, D., 1854, II, 174; Rennes, 22 août 1861, X..., Dev., 1862, II, 38; D., *Rec. alph. h. v.*, n°s 3751, 3752; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 648, et t. VI, p. 183; Émile Paultre, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, t. I, n° 54.)

82. — IV. Enfin, le dernier alinéa de l'article 1031 impose à l'exécuteur testamentaire l'obligation de rendre compte de sa gestion, à l'expiration de l'année du décès du testateur.

Nous allons y revenir bientôt. (*Infra*, n°s 112 et suiv.)

83. — Remarquons seulement ici que cette obligation de rendre compte, à l'expiration de l'année du décès du testateur, n'implique nullement que les fonctions de l'exécuteur testamentaire ne durent que ce temps-là.

Ce qui finit avec l'année, c'est la saisine du mobilier, dont le compte doit être alors rendu.

Mais le mandat lui-même, qui consiste à procurer l'exécution du testament, dure aussi longtemps que le soin de cette exécution l'exige. (Comp. Vazeille, art. 1031, n° 13; Coin-Delisle, *Observ.*, n° 15; Bayle-Mouillard sur Gre-

nier, t. III, n° 337, note *b*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 139; Merlin, *Répert.*, v° *Exécut. testam.*, n° 8; Toullier, t. III, n° 595.)

84. — V. Voilà les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, tels que les articles de notre Code les ont réglés.

Et maintenant ces articles sont-ils limitatifs? ou, au contraire, le testateur peut-il conférer à son exécuteur testamentaire des pouvoirs plus étendus?

L'interprétation restrictive a des partisans, qui enseignent que, le mandat de l'exécuteur testamentaire étant exceptionnel, il ne saurait être étendu au delà des limites, que le législateur lui-même y a posées, en le créant; et ils en trouvent la preuve dans la formule impérative des articles 1026, 1028, 1029 et 1030; c'est sur cette doctrine que paraît être fondé un arrêt de la Cour de Riom, du 21 juin 1839, cité par M. Bayle-Mouillard (sur Grenier, t. I, n° 153, note *b*; comp. *infra* n° 88; Grenier, t. III, n° 331; Zachariæ, § 715, texte et note 25).

Mais la doctrine contraire est généralement admise; et avec raison, suivant nous.

La loi, en autorisant le testateur à nommer un exécuteur testamentaire, l'a, par cela même, virtuellement autorisé à lui conférer tous les pouvoirs nécessaires pour faire accomplir ses dispositions, suivant les circonstances diverses, qu'il était difficile que le législateur pût prévoir et régler invariablement *a priori*. Aussi, nos articles se bornent-ils à exprimer les fonctions générales et ordinaires de l'exécuteur testamentaire; et rien, dans la forme de leur rédaction, n'annonce qu'ils aient pour but de limiter le pouvoir du testateur.

Telle est d'ailleurs la règle, qu'indique la raison, d'accord avec l'utilité pratique. L'institution des exécuteurs testamentaires n'atteindrait, en effet, qu'imparfaitement son but, avec le système restrictif; tandis que l'interprétation extensive rend possibles certaines dispositions, très-respectables, très-dignes de protection, et que le tes-

tateur ne pourrait pas faire efficacement, s'il n'avait pas le pouvoir d'en confier l'accomplissement à un exécuteur testamentaire!

Or, ce serait là une contradiction! car, la faculté de nommer un exécuteur testamentaire est véritablement la conséquence de la faculté de faire un testament (*supra*, n° 2); il est donc logique que, dès là que le testateur peut faire une disposition, il puisse en assurer l'accomplissement par la nomination d'un exécuteur testamentaire; et c'est en ce sens que la Cour de Douai a justement remarqué que « l'étendue des pouvoirs, que le testateur peut conférer à ses exécuteurs testamentaires, doit être corrélative à celle des dispositions testamentaires elles-mêmes.... » (26 août 1847, Bouché, Dev., 1849, I, 67.)

85. — Ce n'est pas que nous prétendions que ce pouvoir du testateur ne doit pas être lui-même renfermé dans certaines limites.

Voici, au contraire, trois conditions, auxquelles il nous paraît devoir être soumis; c'est-à-dire, que pour que le testateur puisse conférer à son exécuteur testamentaire des fonctions plus étendues que celles qui résultent de la loi, il faut, à notre avis :

1° Que les fonctions, qu'il lui confère, aient pour but d'assurer l'exécution d'une disposition testamentaire;

2° Qu'elles ne soient pas contraires aux textes impératifs ou prohibitifs de la loi;

3° Qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

86. — 1° Il faut d'abord, disons-nous, que les pouvoirs conférés à l'exécuteur aient pour but de procurer l'accomplissement d'une disposition testamentaire.

D'où il résulte que le testateur ne saurait confier à un exécuteur testamentaire l'administration des biens, dont il laisse la propriété à ses héritiers, sans en avoir disposé au profit d'autres personnes (*supra*, n° 48).

Ce serait là un mandat ordinaire, que le propriétaire

vivant et actuel des biens peut seul conférer, et qui ne saurait émaner du mort?

Qui voudrait, par exemple, mettre en doute la nullité de la clause d'un testament, par laquelle un tiers serait chargé d'administrer les biens de la succession pendant un certain temps, soit gratuitement, soit moyennant une rétribution de tant pour cent sur les sommes qu'il recevrait ou qu'il payerait! (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Héritier*, sect. VII, n° 11 *bis.*)

87. — Il en serait de même de la clause, par laquelle le prétendu testateur aurait chargé un tiers de procéder au partage de sa succession entre ses héritiers, d'exiger des uns les rapports qu'ils doivent aux autres, les prélèvements qui leur sont dus, de vendre, s'il y a lieu, les biens, et de composer des lots, pour distribuer à chacun des héritiers sa part telle qu'elle lui appartient ab intestat, d'après sa vocation légale. (Comp. Bruxelles, 25 févr. 1818, Simons, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 4025; Paris, 13 août 1849, Duflocq; Émile Paultre, *Revue du Notariat et de l'Enregistr.*, t. I, n° 75, p. 266, 274 et 282.)

87 *bis.* — La Cour de Metz a toutefois déclaré valable la disposition, par laquelle un testateur, après avoir légué à plusieurs personnes conjointement, une quotité déterminée de sa succession, avait confié à un exécuteur testamentaire le soin d'en faire la répartition entre les légataires, *suivant le partage et dans la proportion qu'il jugera le plus convenables* (13 mai 1864, Jeanpierre, Dev., 1864, II, 132).

C'est qu'il s'agissait là, en effet, de procurer l'accomplissement d'une disposition testamentaire entre des légataires.

Et encore, cette décision pourrait-elle paraître contestable.

Il est vrai que l'exécuteur n'était pas chargé d'élire les légataires, qui se trouvaient désignés dans le testament;

car, autrement, la clause aurait été nulle, suivant nous. (*Infra*, n° 98; et le tome I de ce *Traité*, n° 619.)

Mais ce pouvoir discrétionnaire de répartition entre chacun d'eux, ne mettait-il pas, en quelque sorte, à sa merci, le sort même du legs; et cela, contrairement au principe que les libéralités testamentaires ne doivent pas dépendre *ex alieno arbitrio?*

Nous croyons néanmoins que l'on peut répondre que le pouvoir conféré à l'exécuteur testamentaire n'affectait que le mode d'exécution du legs, et qu'il n'était pas excessif, en tant que le testateur lui confiait seulement le soin de répartir les biens *ex arbitrio boni viri*, entre les légataires, *eu égard à leurs besoins respectifs;* tels étaient les termes du testament, qui a pu paraître d'autant plus favorable, que l'exécuteur testamentaire était le père même des légataires, entre lesquels il était chargé de faire cette répartition. (Comp. *infra*, n° 100; le tome I précité, n° 622; Nancy, 28 janv. 1860, Poirot, Dev., 1860, II, 175.)

88. — Voilà pourquoi nous pensons aussi que le testateur ne pourrait pas conférer à un exécuteur testamentaire le mandat de payer ses dettes, et de vendre, à cet effet, les biens meubles ou immeubles de sa succession.

Telle était l'espèce de l'arrêt de la Cour de Riom, du 24 juin 1839, dont les motifs, remarquablement déduits, nous paraissent, toutefois, trop absolus (*supra*, n° 84); mais, quant à la décision en elle-même, notre avis est qu'elle a été bien rendue; et M. Bayle-Mouillard, qui la reproduit, remarque aussi que le testateur avait chargé sa femme de vendre ses immeubles, pour acquitter ses dettes, *sans en faire la condition d'aucun legs*. (Sur Grenier, t. I, n° 154, note *b*, p. 698.)

C'est qu'en effet, dans ce cas, il ne saurait y avoir une exécution *testamentaire*, puisqu'il n'y a pas de *testament!*

89. — Que faudrait-il donc, pour qu'une pareille clause fût valable?

Il faudrait que ce vice disparût, c'est-à-dire que le mandat de payer les dettes fût conféré à l'exécuteur, comme un moyen d'accomplissement de son mandat de payer les legs, ou, plus généralement, de faire exécuter les clauses dispositives du testament. (Comp. Bruxelles, 2 août 1809, Sirey, 1813, II, 349 ; Douai, 26 août 1847, Bouche ; Cass., 8 août 1848, mêmes parties, Dev., 1849, I, 66 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 133-135 ; Troplong, t. IV, n° 2026.)

90. — Aussi, pensons-nous que l'on devrait considérer comme valable le pouvoir conféré à l'exécuteur testamentaire de vendre les immeubles, pour acquitter directement les legs, ou les autres charges, imposés par le testateur à ses héritiers.

Cette solution a été, il est vrai, contestée, par le motif que le testateur ne peut pas donner à l'exécuteur testamentaire la saisine des immeubles. (Comp. Zachariæ, t. V, § 715, notes 10, 21 et 22.)

Mais nous avons déjà répondu qu'autre chose est la saisine ; autre le pouvoir conféré à l'exécuteur testamentaire de vendre les biens, et de substituer ainsi le droit d'un tiers acquéreur au droit de l'héritier ou du légataire (*supra*, n° 74 ; comp. Bruxelles, 8 avril 1843, S...., D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4087).

91. — Par suite, rien ne nous paraît s'opposer à ce que le testateur, lorsqu'il n'a pas d'héritiers à réserve, charge son exécuteur testamentaire de convertir en argent tous les biens, meubles et immeubles, de sa succession, pour en faire ensuite la répartition entre ses légataires, dans la proportion des dispositions qu'il a faites au profit de chacun d'eux.

Il en serait ainsi, dans le cas même où il aurait institué un légataire universel.

Et si l'on objectait la saisine légale, que l'article 1006 confère à ce légataire, il faudrait répondre, avec un arrêt de la Cour de Douai :

« Que le principe, posé par cet article, se combine nécessairement avec celui qui, hors le cas d'héritiers à réserve, investit le testateur du droit absolu de disposer de ses biens; — Qu'il en résulte que, si le légataire universel est saisi, de plein droit, du legs qui lui est fait, il n'en est saisi que dans la mesure, selon le mode, et dans les termes du testament, sans qu'il lui soit permis de le diviser, et d'isoler l'institution des conditions et de toutes autres prescriptions, que le testateur a trouvé bon d'y apposer.... » (Cité *infra.*)

C'est que, en effet, le testateur est libre de disposer de ses biens comme bon lui semble, et il n'est pas tenu de les transmettre en nature à ceux qu'il juge à propos d'en gratifier, si, par des motifs, dont il est le seul juge, et qui peuvent être d'ailleurs prévoyants et très-légitimes, il veut que sa fortune n'arrive à eux qu'en valeurs mobilières, afin, par exemple, de leur épargner, peut-être, les lenteurs et les frais d'une liquidation judiciaire.

Eh bien! donc, le testateur *peut déclarer qu'il entend que sa succession soit toute mobilière, et charger son exécuteur testamentaire de la faire parvenir en cette nature seulement aux héritiers institués; et, pour cela, de faire vendre les immeubles dans la forme indiquée au testament.* (Comp. Cass., 8 août, 1848, Bouche, Dev., 1849, I, 66; Douai, 27 déc. 1848, Allart, Dev., 1849, II, 163; Cass., 17 avril 1855, Deschamps, Dev., 1856, I, 253; Rennes, 22 août 1860, T....; Douai, 27 déc. 1864, Castrique, Dev., 1864, II, 225; Rolland de Villargue, *Répert. du Notariat,* v° *Exécut. testam.*, n° 102; Vazeille, art. 1031, n° 12; Duranton, t. IX, n° 411; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 265; Émile Paultre, *Revue du Notariat et de l'Enregistr.*, t. I, n° 75.)

92. — Le testateur, qui veut rendre toute sa succession mobilière, et qui charge, à cet effet, son exécuteur testamentaire de vendre les immeubles, pour en distri-

buer le prix aux légataires, peut-il lui conférer le pouvoir :

Soit de régler lui-même les clauses et les conditions de la vente;

Soit de toucher directement le prix?

La négative a été enseignée :

Le droit conféré à l'exécuteur testamentaire de fixer lui-même les conditions de la vente, serait, dit-on, une atteinte portée au droit de propriété des héritiers, auxquels les immeubles de la succession appartiennent.

Et le droit d'en toucher le prix, que serait-il autre chose que la saisine des immeubles, qui ne peut pas être donnée à l'exécuteur testamentaire; tout au moins donc, faudrait-il que ce prix fût déposé à la caisse des consignations. (Comp. Duranton, t. IX, n° 411; Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis*, VIII et IX.)

Nous croyons, au contraire, devoir proposer, sur l'un et l'autre point, l'affirmative :

Les immeubles de la succession sont la propriété des héritiers! il est vrai; mais une propriété, qui n'est la leur que sous la condition concomitante et inséparable de leur titre même d'acquisition, qui porte qu'elle sera vendue, en leur nom, par l'exécuteur testamentaire, auquel le testateur en a donné le mandat; or, ce mandat, qui tend à procurer l'accomplissement des dispositions, que le testateur a faites, et qu'il a eu le droit de faire de ses biens, n'a rien de contraire à l'ordre public; donc, il doit être maintenu.

Cette conclusion nous paraît, en effet, si logique, que notre avis est que l'exécuteur testamentaire pourrait être autorisé à vendre les immeubles, non-seulement devant notaire et par adjudication, d'après un cahier de charges arrêté par lui seul, mais même aussi à l'amiable et de gré à gré, sous la garantie, d'ailleurs, bien entendu, de sa responsabilité personnelle, à raison de la fraude, de la faute ou de la négligence, qu'il aurait pu commettre

dans l'accomplissement de ce mandat. (Comp. Cass., 16 avril 1861, Bonhore, Dev., 1862, I, 201; Douai, 27 janv., 1864, Castrique, Dev., 1864, II, 225; Metz, 13 mai 1869, Bocquillon, Dev., 1870, II, 20.)

C'est par le même motif que le testateur peut, suivant nous, conférer à l'exécuteur le pouvoir de toucher le prix des ventes; car, puisqu'il peut *rendre sa succession mobilière d'immobilière qu'elle était*, il doit pouvoir aussi autoriser son exécuteur testamentaire à recevoir le prix, qu'il le charge de répartir entre ses légataires, auxquels il n'entend attribuer que des sommes d'argent!

95. — Nous pensons même que cette solution devrait être maintenue :

1° Dans le cas où les légataires, universels ou autres, seraient mineurs ou interdits;

2° Dans le cas où les légataires, universels ou à titre universel, majeurs, n'accepteraient le legs que sous bénéfice d'inventaire.

On objecterait en vain :

Soit que les lois, qui exigent les formalités de justice pour la vente des immeubles des mineurs et des interdits, sont des lois d'ordre public, auxquelles il n'est pas permis de déroger (comp. Paris, 13 août 1849);

Soit que la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire ne peut pas être enlevée par le *de cujus* à ses successeurs légitimes ou testamentaires.

Cette double objection a, suivant nous, le tort de mettre l'effet avant la cause.

Les immeubles appartenant aux mineurs ne peuvent pas être vendus sans formalités de justice! — Oui, les immeubles appartenant aux mineurs; mais ceux-ci ne leur appartiennent pas; ou, s'ils leur appartiennent, ce n'est que sous la condition inséparable du testament, qui les leur attribue, qu'ils ne leur adviendront qu'après leur conversion en deniers! (comp. le tome Ier de ce *Traité*, n° 315.)

Et, quant à la faculté d'accepter sous bénéfice d'inven-

taire, la Cour de Cassation a répondu de même « que la succession testamentaire ne peut être acceptée que dans l'état mobilier, qu'elle a reçu de la volonté du testateur, et qu'une acceptation bénéficiaire ne peut en changer la nature, ni avoir un effet rétroactif sur la volonté du testateur et l'administration de l'hérédité. » (17 avril 1855, Deschamps, Dev., 1856, I, 253.)

94. — Jusqu'à présent, nous avons supposé, afin de ne pas compliquer cette exposition, que le testateur ne laissait pas d'héritiers à réserve.

Les mêmes principes d'ailleurs seraient applicables, relativement à la portion de biens disponible, pour le cas où il laisserait des héritiers réservataires.

Et soit qu'il eût lui-même, par son testament, fait à ses héritiers la part de leur réserve en biens convenables et suffisants, soit qu'il y eût lieu de faire, après lui, le partage entre la réserve et la portion disponible, rien ne s'opposerait à ce qu'il disposât de cette portion de la même manière, dont il peut disposer de toute sa succession, lorsqu'il ne laisse pas d'héritiers à réserve; c'est-à-dire qu'il pourrait charger son exécuteur testamentaire de vendre les immeubles, afin de rendre mobilière toute la portion disponible, et de la répartir entre les légataires, auxquels il l'aurait attribuée. (Comp. Cass., 15 févr. 1870, Beaucourt, Dev., 1870, I, 261.)

95. — Ses légataires, d'ailleurs, pourraient être soit des étrangers, soit quelques-uns de ses héritiers, qu'il aurait faits légataires par préciput, soit même tous ses héritiers, auxquels il aurait attribué, à un autre titre, la portion disponible, en vertu de son testament.

Mais lorsque le testateur fait la disposition au profit de tous ses héritiers, ou (ce qui revient au même), de son unique héritier, il y a un danger, dont il faut qu'il soit averti; c'est que tous ses héritiers pourraient, en renonçant aux legs, réclamer, en leur qualité d'héritiers légitimes, la succession ab intestat; et on ne voit pas

alors comment l'exécuteur testamentaire pourrait, malgré eux, faire vendre les immeubles pour les convertir en argent; malgré ces héritiers, qui, laissant de côté, disons-nous, le testament, n'invoqueraient plus que leur vocation héréditaire légale!

Est-ce que, en effet, les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne s'évanouissent pas, lorsque le légataire renonce au legs?

Il faudrait donc, afin de prévenir ce danger, que le testateur ajoutât une disposition subsidiaire au profit d'autres personnes, pour le cas où ses héritiers refuseraient de se soumettre à la condition, sous laquelle il les a institués ses légataires.

96. — Et ceci nous amène à une hypothèse intéressante.

Un homme a un fils unique, faible d'esprit ou dissipateur; il veut assurer son avenir, qui le préoccupe.

En conséquence, il fait un testament, par lequel il attribue d'abord à ce fils sa réserve; et puis, il nomme un exécuteur testamentaire, qu'il charge de vendre les biens formant la portion disponible, pour en placer le prix en une rente viagère, incessible et insaisissable, sur la tête de son fils.

On a répondu que cette disposition est valable (comp. Paris, 7 février 1850, Demay, D., 1852, II, 246); et tel est l'avis de l'honorable M. Paultre (*Revue du Notariat et de l'Enregistr.*, t. I, n° 99).

Nous le croyons de même, mais sous une condition, qu'il faut, suivant nous, ajouter, à savoir : que le testateur déclarera que, faute par son fils de se soumettre à cette clause, il dispose, au profit d'un tiers, de la portion disponible. (*Supra*, n° 95; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 280 et le tome VI, n° 330.)

97. — 2° La seconde condition, avons-nous dit, pour que le testateur puisse conférer à son exécuteur testamentaire des pouvoirs plus étendus que ceux qui résultent

de la loi, c'est que ces pouvoirs ne soient pas contraires aux dispositions impératives ou prohibitives, par lesquelles la loi elle-même les a réglés. (*Supra*, n° 85.)

C'est ainsi que le testateur ne pourrait pas lui conférer la saisine du mobilier au delà de l'an et jour, terme impérativement fixé par l'article 1026 (*supra*, n° 48);

De même qu'il ne pourrait pas lui donner la saisine des immeubles, dont cet article ne permet pas qu'il soit investi. (*Supra*, n° 47; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 133; Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis*, VII.)

98. — 3° Il faut enfin, plus généralement, comme troisième condition, que les pouvoirs plus étendus que le testateur aurait conférés à son exécuteur testamentaire, ne soient pas contraires aux lois, aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public (art. 900).

Voilà pourquoi on ne saurait, suivant nous, reconnaître aujourd'hui la validité d'une disposition, dont l'usage paraît avoir été admis dans notre ancienne jurisprudence, et par laquelle le testateur aurait chargé l'exécuteur testamentaire de distribuer ses biens, en tout ou en partie, à des personnes, que le testament ne ferait pas connaître, ou d'en employer le prix à des œuvres, dont le testament n'indiquerait pas le caractère et la destination. (Comp. Furgole, chap. x, sect. iv, n° 52; Nouveau Denizart, v° *Exécut. testam.*, p. 239; Duparc-Poullain, *Princ. de droit*, t. VII, p. 131.)

Nous croyons déjà avoir démontré que ces sortes de dispositions seraient nulles comme faites à personnes incertaines; et il importe d'autant plus de maintenir ce principe, que ces dispositions pourraient devenir un moyen très-facile d'échapper à toutes les incapacités de recevoir, et notamment à celles que la loi a établies dans un intérêt d'ordre public. (Comp. le tome I de ce *Traité* n°s 609-611; Cass., 17 nov. 1863, l'Administration des domaines, D., 1863, I, 441; Toullier, t. III, n° 587; Duranton, t. IX, n° 408; Troplong, t. IV, n° 2022;

Saintespès-Lescot, t. V, n° 1580, *voy.* pourtant Nîmes, 29 mai 1865, Allary, Dev., 1865, II, 285).

99. — Il faut en dire autant des dispositions, extravagantes ou impies, que le testateur aurait, comme il est arrivé quelquefois, recommandé à son exécuteur testamentaire d'observer pour ses funérailles. (Comp. le tome I précité, n° 319).

100. — Nous avons vu, dans un testament, une clause par laquelle le testateur déclarait que, s'il s'élevait quelques contestations, soit entre ses héritiers et ses légataires, soit entre ses légataires eux-mêmes, relativement à l'exécution de son testament, elles seraient décidées par son exécutenr testamentaire, qu'il en constituait le juge sans appel.

Une telle clause serait-elle valable?

Nous ne le pensons pas :

N'y a-t-il pas, en effet, dans une disposition semblable, une atteinte à la propriété, que le testateur a laissée, soit à ses héritiers, soit à ses légataires ; à cette propriété, qu'il pouvait sans doute ne pas leur laisser, mais qu'il ne peut pas soumettre, dans leurs mains, à des conditions illicites? et n'est-ce pas une condition illicite, au premier chef, que celle qui prive un propriétaire de la protection du pouvoir judiciaire, sous la garde duquel la Constitution même du pays a placé tous les droits privés? Se figure-t-on bien un exécuteur testamentaire prononçant, malgré la résistance des héritiers et des légataires, sur la question de validité du testament, soit quant à la forme, soit quant à la capacité de disposer ou de recevoir, ou même sur des questions litigieuses d'interprétation de volonté!

Tout au plus, pourrait-on admettre une clause, de laquelle il résulterait seulement que le testateur a subordonné la question de préférence entre deux legs à la décision de l'exécuteur testamentaire, *ex arbitrio boni viri* (comp. *supra*, n° 87 *bis*, et le tome I de ce *Traité*, n° 622).

100 *bis*. — La doctrine que nous proposions a été, depuis notre dernière édition, consacrée par le tribunal civil de la Seine, dans un jugement soigneusement motivé :

« Attendu que, si le *de cujus* a autorisé, avec les pouvoirs les plus étendus, son exécuteur testamentaire à éclaircir tous les doutes qui pourraient s'élever sur l'interprétation de son testament, cette disposition, qui n'a d'autre but que de conférer une mission de conciliation, n'aurait pu, sans porter atteinte au droit et à la puissance publics, constituer Lemoyne (l'exécuteur testamentaire) en dehors des tribunaux établis par la loi, juge des litiges, qui s'élèveraient entre ses héritiers.... » (27 mai 1865, Pouleur, *le Droit* du 18 juin 1865).

101. — B. Nous venons d'exposer les fonctions de l'exécuteur testamentaire, en nous plaçant dans l'hypothèse où le testateur lui a donné la saisine du mobilier (*supra*, nos 57, 58).

Quant à l'hypothèse où l'exécuteur testamentaire n'a pas la saisine, ce que nous avons à en dire est très-simple.

La règle est, en effet, que toutes les fonctions qui, d'après les explications précédentes, appartiennent à l'exécuteur saisi, doivent également appartenir à l'exécuteur non saisi, excepté celles qui sont une conséquence nécessaire de la saisine. (Comp. *supra*, nos 59 et suiv.; Troplong, t. IV, n° 1997; Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis*, XII.)

102. — L'obligation de faire apposer les scellés et dresser un inventaire, est-elle imposée à l'exécuteur non saisi ?

On a répondu affirmativement, et que nul lien nécessaire n'existait entre la saisine du mobilier et cette obligation. (Comp. Colmet de Santerre, *loc. supra cit.*)

Mais nous croyons, au contraire, que l'article 1031, qui a en vue l'hypothèse de la saisine, n'impose à l'exécuteur l'obligation des scellés et de l'inventaire que comme

une conséquence de la détention du mobilier, qu'elle lui confère.

De même qu'il n'impose qu'à l'exécuteur saisi l'obligation de rendre un compte (*supra*, n° 82).

Aussi, est-ce là, suivant nous, pour l'exécuteur non saisi, une faculté seulement, qui résulte, non pas du premier alinéa de l'article 1031, mais de la disposition générale de cet article, qui le charge de veiller à ce que le testament soit exécuté. (Comp. *supra*, n°s 60-62.)

103. — C'est que, en effet, l'exécuteur non saisi n'est pas chargé précisément d'exécuter le testament; ce qu'il ne pourrait pas faire lui-même; il est chargé seulement d'en surveiller et d'en obtenir l'exécution.

Mais, du moins, cette mission-là est-elle la sienne, tout autant et aussi bien que celle de l'exécuteur saisi!

Et voilà pourquoi nous pensons qu'il a qualité pour poursuivre contre les héritiers ou les légataires universels, la vente, soit des meubles, soit des immeubles de la succession, si elle est nécessaire pour le payement des legs et l'accomplissement des charges portées dans le testament. (Comp. *supra*, n° 73; *voy.* toutefois Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 *bis*, XIII.)

104. — Remarquons, au reste, que la nomination d'un exécuteur testamentaire laisse aux héritiers ou aux légataires universels l'exercice de tous leurs droits, en tant que cet exercice n'est pas incompatible avec l'accomplissement du mandat de l'exécuteur. (Comp. Bruxelles, 25 févr. 1818, Simons, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4025.)

C'est ainsi que, dans le cas où l'exécuteur testamentaire n'a pas la saisine du mobilier, c'est aux héritiers ou aux légataires universels qu'il appartient d'appréhender tous les biens, et de recevoir, en conséquence, les intérêts et les capitaux héréditaires;

De même que c'est, dans tous les cas, contre eux que doivent être dirigées les actions relatives à la composition active et passive de la succession (*supra*, n°s 75, 76).

§ III.

De la manière dont l'exécution testamentaire prend fin. — Et de l'obligation d'en rendre compte.

SOMMAIRE.

105. — L'exécution testamentaire finit par la mort de l'exécuteur. — En quoi consistent les obligations de ses héritiers?
106. — Suite. — Du cas où le testateur aurait chargé *une personne morale* de l'exécution de son testament; comme s'il avait choisi le bâtonnier des avocats ou le doyen des notaires.
107. — L'exécution testamentaire peut finir avant la mort de l'exécuteur. — Dans quels cas?
108. — Il n'y a pas lieu de nommer un successeur à l'exécuteur testamentaire, dont le mandat vient à cesser par une cause quelconque avant que l'exécution soit terminée. — Observation.
109. — De la responsabilité de l'exécuteur testamentaire.
110. — Suite.
111. — Suite.
112. — De l'obligation de rendre compte, qui est imposée à l'exécuteur testamentaire.
113. — Suite.
114. — Suite.
115. — Suite.
116. — Suite.
117. — Suite.
118. — Suite. — L'exécuteur testamentaire peut-il être valablement dispensé par le testateur, de l'obligation de rendre compte?
119. — Suite.

105. — Aux termes de l'article 1032 :

« Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passe-« ront point à ses héritiers. »

Cela est tout simple! puisque l'exécution testamentaire est un mandat, et que le mandat, qui est un témoignage de confiance personnelle, finit par la mort du mandataire (art. 2003; comp. Liége, 12 janv. 1813, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, IV, II, 455; Pau, 7 déc. 1861, Haramboure, *J. du P.*, 1863, p. 906).

Seulement, les héritiers de l'exécuteur testamentaire sont tenus, comme les héritiers du mandataire en général : 1° de donner avis aux parties intéressées de la mort de l'exécuteur, et de pourvoir, en attendant, s'il y a lieu,

à ce que les circonstances exigent; 2° de rendre compte de la gestion (art. 2010; *supra*, n° 20).

106. — Il se peut, d'ailleurs, que le mandat d'exécuteur testamentaire ne finisse point par la mort de *la personne physique;* c'est ce qui arrive, lorsque le testateur en a chargé *une personne morale*, et qu'il est censé, disait Pothier, avoir voulu attribuer l'exécution de son testament *plutôt à la qualité de la personne qu'à la personne même;* comme s'il en a chargé le *bâtonnier de l'ordre des avocats, le doyen des notaires, le curé de la paroisse;* dans ce cas, le successeur à la fonction ou à la qualité indiquée succède à l'exécution testamentaire.

Il sera naturel de présumer, en général, que le testateur s'est attaché à la qualité plutôt qu'à la personne, lorsqu'il n'aura désigné, en effet, que la qualité ellemême, sans nommer la personne; à moins pourtant, ajoutait, Pothier, que la personne, qui avait cette qualité, lors de la confection du testament, ne fût étroitement unie au testateur, par les liens du sang, de l'affinité, ou d'une amitié particulière. (*Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 125; comp. Ricard, Part. II, n° 70; Toullier, t, III, n° 596; Coin-Delisle, *Observ.*, n° 14; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 337, note *b;* Troplong, t. IV, n° 2037.)

107. — En sens inverse, il est clair que l'exécution testamentaire peut finir avant la mort de l'exécuteur.

Elle peut, en effet, prendre fin aussi :

2° Par l'exécution complète du testament (comp. *supra*, n° 57; Cass., 19 avril 1859, Guichard, *J. du P.*, 1860, p. 415; Merlin, *Répert.*, v° *Exécut. testam.*, n° 8);

3° Par la démission volontaire de l'exécuteur (article 2007; *supra*, n° 8);

4° Par la révocation ou la destitution, que les héritiers et les légataires ont certainement le droit de provoquer en justice contre l'exécuteur testamentaire, dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité, ou qui serait

tombé en faillite ou en déconfiture (arg, des articles 444 et 2083; *supra*, n° 32; Lyon, 7 avril 1835, Rapin, D., *Rec. alph.*, n° 4129).

108. — Ces divers événements mettent d'ailleurs également fin à l'exécution testamentaire d'une manière complète.

C'est-à-dire qu'il n'y pas lieu de nommer un remplaçant ou un successeur à l'exécuteur, dont le mandat vient à cesser, par une cause quelconque, par sa mort ou autrement, avant que l'exécution elle-même soit terminée. (Comp. Cass., 3 juin 1872, Baratou, Dev., 1872, I, 273.)

Ricard enseignait, il est vrai, la doctrine contraire, et que, dans ce cas, le juge pouvait *subroger un autre à sa place* (Part, II, n° 65); certaines coutumes semblaient même l'autoriser ainsi (Meaux, art. 36; Nivernais, chap. XXXIII, art. 3).

Mais Furgole remarquait, fort justement, que ces coutumes étant contraires aux principes, devraient être restreintes à leur district (chap. X, sect. 4, n° 41).

C'est que, en effet, il n'y a que le *testateur*, qui puisse nommer un exécuteur *testamentaire!* et cette nomination, qui n'est pas de l'essence du testament, est exclusivement personnelle. (Comp. *supra*, n° 41.)

Lors donc que l'exécuteur nommé n'accepte pas, ou qu'après avoir accepté, il décède, se démet, ou se trouve révoqué, c'est aux héritiers ou aux légataires que revient, suivant le droit commun, la mission d'exécuter le testament (comp. Caen, 13 janv. 1823, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, VII, 11, 155; Grenier, t. III, n° 334; Bayle-Mouillard, *h.*, *l.*, note *a;* Coin-Delisle, *Observ.*, n° 4; Saintespès-Lescot, t. V, nos 1546 et 1547).

Et ceci prouve que ce peut être un acte d'utile prévoyance de nommer plusieurs exécuteurs testamentaires, ou du moins d'en nommer, par une sorte de substitution vulgaire, un second à défaut du premier, ou un troisième à défaut du second, en expliquant que ces derniers de-

vront entrer en fonctions, si ceux, qui les précèdent, ne peuvent pas, même après avoir accepté, conduire à fin l'exécution testamentaire (comp. Cass., 4 août 1856, Tandon, Dev., 1857, I, 273; Pau, 7 déc. 1861, Haramboure, D., 1862, II, 257; et *Observat.*, p. 258).

109. — L'exécuteur testamentaire est, comme tout mandataire, responsable, non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il aurait pu commettre dans l'accomplissement de sa charge (art. 1992).

Ajoutons toutefois, avec cet article, que cette charge étant gratuite, sa responsabilité doit être appréciée moins sévèrement que s'il recevait un salaire (*supra*, n° 20), et qu'il peut même y avoir lieu de tenir compte aussi de l'aptitude, plus ou moins grande, de celui dont le testateur a sciemment fait choix (comp. Cass., 22 avril 1808, Viard, D., *Rec. alph., h., v.,* n° 4100).

110. — C'est ainsi que l'exécuteur testamentaire ne devrait être condamné à supporter personnellement les frais des procès, qu'il aurait soutenus dans l'intérêt de l'exécution du testament, qu'autant qu'il aurait agi par esprit de vexation, ou avec une légèreté répréhensible (arg. de l'article 122 du *Code de procéd.;* comp. Bourges, 28 floréal an XIII, Tardif, Sirey, VI, II, 394; A. Dalloz, *Dict.*, v° *Exécut. testam.*, n° 112; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 337, note *b.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 135; Massé et Vergé, t. III, p. 257).

111. — Cette responsabilité de l'exécuteur testamentaire existe, d'ailleurs, envers quiconque a intérêt à l'exacte et fidèle exécution du testament, et dont les droits auraient été compromis par l'exécuteur : non-seulement donc envers les héritiers ou les légataires universels ou à titre universel, mais même aussi envers les légataires à titre particulier (arg. des articles 1031, 1992; comp. Paris, 7 février 1850, Demay, D., 1852, II, 246; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 139 et 140).

112. — Quant à l'obligation de rendre compte, dont

il est question dans les articles 1031 et 1033, nous avons déjà remarqué qu'elle n'était et ne pouvait être imposée qu'à l'exécuteur testamentaire, auquel le testateur a donné la saisine du mobilier ; car c'est alors seulement qu'il a une gestion (*supra*, n° 102).

113. — Ce compte d'ailleurs doit être rendu soit aux héritiers légitimes, soit aux légataires universels, soit, en cas de vacance de la succession, au curateur.

114. — Il peut être rendu à l'amiable, ou en justice.

Mais, dans ce dernier cas, quel est le juge compétent ?

Le juge du domicile de l'exécuteur testamentaire comptable, d'après l'article 527 du Code de procédure ?

Ou, au contraire, le juge du lieu où la succession est ouverte, d'après l'article 59 du même Code ?

La question est controversée.

Et un parti considérable tient pour la compétence du juge du domicile de l'exécuteur testamentaire (comp. Paris, 2 juill. 1839, Bonnevaux, Dev., 1839, II, 372 ; Duranton, t. IX, n° 422 ; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 603, note *a* ; Troplong, t. IV, n° 2029).

Mais, pourtant, aux termes de l'article 59 du Code de procédure, *les demandes relatives* À L'EXÉCUTION *des dispositions à cause de mort* doivent être portées devant le juge du lieu de l'ouverture de la succession ; or, est-ce que la demande en reddition du compte de l'exécuteur testamentaire, n'est pas relative à cette exécution même ?

On objecte qu'elle *n'est qu'indirectement relative à cette exécution, qui est déjà opérée.*

Mais, en vérité, non ! l'exécution n'est pas encore opérée tout à fait ; puisqu'il s'agit précisément d'examiner, dans ce compte, qui va être rendu, si elle l'a été comme elle devait l'être !

Notre avis est donc que la juridiction appartient au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, où doivent, en effet, se trouver réunis tous les éléments de ce compte (comp. Cass., 11 juill. 1864, de Villette, *Gazette*

des Tribunaux du 12 juill. 1864; Toullier, t. III, n° 603; Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Exécut. testam.*, n° 117; Vazeille, art. 1034, n° 2; Poujol, art. 1031, n° 9; Coin-Delisle, art. 1031, n° 9; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 123; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 337, note *b*; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1578).

115. — Le compte de l'exécuteur testamentaire se forme, comme tout autre compte, par une balance de recettes et de dépenses.

Et, en ce qui concerne les dépenses, l'article 1034 est ainsi conçu :

« Les frais faits par l'exécuteur testamentaire, pour « l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les « autres frais relatifs à ses fonctions, seront à la charge « de la succession. »

Si, en effet, l'exécuteur testamentaire ne doit réclamer ni salaire, ni rémunération, c'est bien le moins qu'il soit indemne!

Ce sont là, d'ailleurs, généralement des frais qui ont été utiles à tous les ayants droit; et voilà pourquoi notre texte les met *à la charge de la succession* (comp. art. 810).

116.—Ces derniers mots, toutefois, ne sont pas d'une exactitude rigoureuse pour tous les cas.

Ils s'appliqueront, il est vrai, sans difficulté, lorsque le testateur n'aura pas laissé d'héritiers à réserve.

Mais, lorsque le testateur aura laissé des héritiers à réserve, une distinction devra être faite :

Les frais, qui auront été utiles à la succession tout entière, à la réserve comme à la portion disponible, resteront, en effet, d'après l'article 1034, à la charge de la succession tout entière; tels que les frais des scellés, de l'inventaire, des funérailles du défunt (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 416, 418).

Mais il faudra laisser à la charge seulement de la portion disponible ceux des frais, qui n'auront eu pour but que de procurer l'exécution des dispositions imputables

sur cette portion ; car, la réserve ne peut être diminuée, d'aucune manière, par les dispositions à titre gratuit ; or, ces frais-là ne sont que des accessoires de ces dispositions, dans l'intérêt desquelles elles sont faites, tels que, par exemple, les frais d'un procès soutenu pour la validité de l'une des dispositions du testament (arg. de l'article 1016 ; comp. Paris, 10 nov. 1812, Dupré, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 4115 ; Marcadé, art. 1034 ; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 376 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 719 *bis* ; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1590).

117. — S'il y a un reliquat de compte, d'un côté ou de l'autre, il faudra, comme en matière de mandat, appliquer les articles 1996 et 2001. (*Supra*, n° 20 ; Furgole, *loc. supra cit.*, n°s 72 et suiv.).

118. — C'est une question, qui a toujours été controversée dans l'ancien Droit, et qui n'a pas cessé de l'être dans le Droit nouveau, que celle de savoir si l'exécuteur testamentaire peut être dispensé, par le testateur, de l'obligation de rendre compte de sa gestion.

Nous croyons que, pour la bien résoudre, il importe, avant tout, de la bien poser.

Prétend-on, en fait, que le testateur a entendu léguer à son exécuteur testamentaire le reliquat du compte ?

Ce serait là une disposition tout autre, dans laquelle on ne pourrait voir qu'un legs, qui devrait être valable comme tel, en effet, si l'exécuteur testamentaire était capable de recevoir du testateur.

Mais ce qu'il faut remarquer, c'est que la simple dispense de rendre compte ne saurait équivaloir au legs du reliquat, dont l'exécuteur pourrait se trouver comptable. Les libéralités ne se présument pas ; et, pour que l'exécuteur testamentaire fût fondé à retenir ce reliquat comme légataire, il faudrait que le testateur eût expressément manifesté sa volonté à cet égard, soit en le lui léguant directement, soit, ce qui reviendrait au même, en défendant à ses héritiers de l'exiger de lui.

Telle était l'ancienne doctrine, malgré le dissentiment isolé de Ferrière (sur Paris, art. 297, Gloss., 2, n° 19).

Telle doit être encore, à notre avis, la doctrine moderne (comp. L. 119, ff. *de Legat.* 1°; Voët, *ad Pandect.*, *de Tutel. et ration.*, n° 11; Ricard, Part. II, n° 92; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. v, sect. I, art. 3, § 3; Toullier, t. III, n° 605; Troplong, t. IV, n° 2028; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 139).

119. — Mais lorsque le testateur n'a accordé à son exécuteur testamentaire qu'une dispense de rendre compte, qui ne l'affranchit pas de l'obligation de payer le reliquat, cette dispense est-elle valable?

La négative est généralement admise dans deux cas, à savoir : 1° si le testateur laisse des héritiers à réserve; 2° si l'exécuteur testamentaire est incapable de recevoir du testateur.

Mais, en dehors de ces deux cas, beaucoup de jurisconsultes enseignent que la dispense est valable, en ce sens qu'elle a pour effet *d'obliger les héritiers à s'en rapporter à la déclaration de l'exécuteur testamentaire, et de l'affranchir de la responsabilité des fautes, qu'il peut avoir commises* (arg. de la loi 5, § 7, ff. *de Admin. tut.;* Pothier, *loc. supra cit.;* Furgole, chap. x, sect. IV, n° 37; Delvincourt, t. II, p. 96, note 2; Toullier, t. III, n° 604; Duranton, t. IX, n° 406; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 139; Nîmes, 23 mai 1865, Allary, Dev., 1865, II, 285).

Il serait, suivant nous, plus juridique de considérer nettement une telle dispense comme non écrite.

On convient que la dispense de rendre compte n'affranchit pas l'exécuteur testamentaire de l'obligation de payer le reliquat aux héritiers; or, s'il est obligé de leur payer le reliquat, n'est-il point, par cela même, obligé de leur rendre un compte? car, les héritiers, qui ont droit à ce reliquat, ont par suite aussi le droit de savoir s'il en existe; et ils ne le peuvent savoir que par le compte!

Soit! dit-on; mais ils devront s'en rapporter à sa déclaration ; et ils ne pourront pas le rendre responsable de ses fautes.

Eh bien ! voilà ce que nous n'admettons pas. Une pareille clause nous paraît être une atteinte illégale au droit de propriété des héritiers, à ce droit, que le testateur sans doute pouvait ne pas leur laisser, mais qu'il n'a pas pu, dès qu'il le leur laissait, abandonner aux fautes irresponsables et à la merci de l'exécuteur. Quand la loi exige, sous peine de nullité de sa nomination, que l'exécuteur testamentaire puisse s'obliger, apparemment c'est qu'elle entend qu'il doit offrir aux héritiers des garanties sérieuses de responsabilité personnelle.

Nous sommes d'ailleurs, nous l'avouerons, peu disposé, en général, à favoriser ces sortes de dispenses, dont nos anciens disaient, fort justement, qu'elles encouragent au mal.... *ad delinquendum!* (Comp. *supra*, n° 63; et le tome I de ce *Traité*, n° 317; Douai, 23 juin 1846, Bureau de bienfaisance de Serans, Dev., 1846, II, 364; Marcadé, art. 1031, n° 3; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 370; Vazeille, art. 1031, n° 14; Grenier, t. III, n° 337; Taulier, t. IV, p. 169; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 258).

SECTION VIII.

DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DE LEUR CADUCITÉ.

SOMMAIRE.

120. — Division.

120. — L'intitulé de cette section en fournit la division toute naturelle ; et nous aurons à nous occuper successivement :

I. De la révocation des testaments;

II. De leur caducité;

III. Des effets, soit de la révocation, soit de la caducité.

§ I.

De la révocation des testaments.

SOMMAIRE.

121. — Exposition. — Division.

121. — La révocation peut être faite par le testateur lui-même; c'est le cas le plus ordinaire.

Elle peut aussi, dans certains cas, être prononcée, après sa mort, par la justice.

Et, afin de n'avoir plus à y revenir, nous exposerons de suite ces deux modes de révocation, à savoir :

A. — La révocation par le testateur;

B. — La révocation judiciaire.

A. *De la révocation des testaments par le testateur.*

SOMMAIRE.

122. — Cinq règles générales gouvernent tous les modes de la révocation. — I. La faculté de révoquer est essentielle et inaltérable. — Conséquences.
123. — Suite. — Des clauses dites *dérogatoires* ou *révocatoires*.
124. — Suite.
125. — II. — Le législateur a déterminé les différents modes de révocation des testaments. — Conséquence. — Renvoi.
126. — III. — Pour révoquer, il faut être sain d'esprit comme pour disposer.
127. — IV. — La révocation des dispositions testamentaires peut être totale ou partielle.
128. — V. — Toute disposition contenue dans un testament est révocable. — *Quid*, toutefois, des reconnaissances de dettes ou de dépôts faites par le testateur au profit d'un tiers ?
129. — Suite.
130. — Suite.
131. — Suite.
132. — Suite.
133. — La révocation est expresse ou tacite. — Observation.
134. — Suite.

122. — Avant d'examiner les différentes manières, dont un testament peut être révoqué, nous poserons cinq règles générales, qui les gouvernent toutes également :

I. La faculté de révocation est essentielle! et le testateur ne peut y renoncer, ni directement ni indirectement.

Règle très-logique; car, le testament étant l'œuvre de sa seule volonté, doit pouvoir être révoqué par sa seule volonté; il ne peut être, d'ailleurs, que l'expression de ses intentions suprêmes, *suprema voluntas*, puisqu'il est toujours réputé fait au moment même de la mort. (L. 22, ff. *de Legat.*, 3°.)

Règle très-salutaire aussi, et qui est la garantie indispensable contre les entraînements irréfléchis, et contre les manœuvres, à l'aide desquelles le testament aurait pu être surpris ou arraché.

Le testateur est donc toujours libre d'user souverainement de cette faculté de révocation, sans pouvoir en être empêché :

Ni par sa déclaration ou sa promesse, même avec serment, d'y persévérer;

Ni par la délivrance, qu'il aurait faite de l'objet légué au légataire;

Ni par l'acceptation de celui-ci, qui ne saurait altérer cet inaltérable caractère du testament! (Art. 895, 1130; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 30, et le tome IV, n° 226; Ricard, Part. III, n° 73).

123. — Non-seulement le testateur ne peut s'interdire la faculté de révoquer;

Mais il ne peut rien faire qui soit de nature à gêner, dans sa personne, le libre exercice de cette faculté!

Et voilà pourquoi il faut tenir pour nulles toutes les clauses *dérogatoires ou révocatoires*.

On appelait autrefois de ce nom la clause par laquelle, dit Pothier : « le testateur déclare, dans son testament, qu'il veut que tous ceux qu'il ferait par la suite, qui contiendraient quelque chose contre et outre ce qui est contenu au présent testament, ne seraient pas valables, s'il

ne s'y trouvait une telle sentence, ou une telle formalité, comme s'ils n'étaient scellés du sceau de ses armes. » (*Des Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 3.)

L'usage de ces clauses s'était accrédité dans notre très-ancienne jurisprudence; et nos vieux auteurs nous en ont transmis les formules variées : tantôt des maximes latines ou françaises : *Beatus vir, qui timet Dominum!... Vierge Marie, intercédez pour moi!* tantôt des signes ou des marques, tels qu'une croix, ou tout autre.

Aussi, a-t-il fallu que l'Ordonnance de 1735 les abolît par son article 76 en ces termes :

« Abrogeons l'usage des clauses dérogatoires dans tous « testaments, codiciles et dispositions à cause de mort; « voulons que, à l'avenir, elles soient regardées comme « nulles et de nul effet, en quelques termes qu'elles soient « conçues. »

C'est que, en effet, ces clauses étaient contraires au principe fondamental de cette matière, principe de droit public! qui ne permet pas que le testateur se crée à lui-même une forme de testament spéciale, ni qu'il puisse entraver sa liberté de révocation.

On disait, il est vrai, en faveur de la clause dérogatoire, qu'elle était un moyen, pour le testateur, de déjouer d'avance, par le testament même qui contenait ses véritables intentions, les manœuvres dont il pourrait être ensuite l'objet, et auxquelles il se ménageait ainsi de pouvoir céder en apparence, pour son repos et sa tranquillité, sans révoquer son premier testament, mais Ricard remarquait, fort justement, *qu'on peut rétorquer, d'un autre côté, que cette clause a pu être mise par l'artifice et l'invention de ceux qui avaient copié le premier testament!* (*Loc. supra*, n° 91.)

Eh! sans doute! et c'est pourquoi Valin répondait aussi que *cela avait deux faces!* (Sur la Cout. de la Rochelle, *des Testam.*, art. 41).

Et puis, est-ce que le testateur ne pouvait pas avoir

oublié cette condition, qu'il s'était imposée, ou ne s'en souvenir qu'imparfaitement !

Ajoutons, enfin, que toute cette théorie des clauses dérogatoires était devenue *un vrai labyrinthe,* c'est le mot de Bergier (sur Ricard, *loc. supra,* note *f),* et que les arrêts et les auteurs y avaient à l'envi si fort multiplié, disait-il, les *exceptions, les distinctions, les modifications, que l'on ne savait plus à quoi s'en tenir !*

C'est ce que remarque à son tour Furgole, que l'on ne taxera pas d'exagération, si l'on veut en voir le tableau dans son Livre (chap. XI, nos 30 et suiv.).

Il y avait toutefois un point sur lequel les jurisconsultes de notre ancien Droit se trouvaient d'accord ; c'était, chose notable ! pour reconnaître que la clause dérogatoire était contraire aux principes, et qu'elle était devenue une source de contestations ruineuses pour les familles.

Il ne restait donc qu'à la supprimer ; c'est ce qu'a fait implicitement le Code Napoléon.

124. — En Droit donc, si une clause dérogatoire, ayant été insérée dans un premier testament, n'avait pas été reproduite dans un testament postérieur, révocatoire du précédent, cette omission n'empêcherait pas que le premier testament fût révoqué par le second.

Seulement, si, en fait, l'un ou l'autre des testaments était attaqué pour cause de fraude ou de captation, il y aurait lieu de prendre en considération la clause dérogatoire, comme les autres circonstances, qui seraient invoquées à l'appui de cette prétention (comp. Ricard, *loc. supra,* n° 92).

125. — II. — Si le testateur ne peut rien ajouter aux conditions, que la loi exige pour la révocation des testaments, réciproquement il ne peut en rien diminuer.

C'est notre seconde règle (*supra,* n° 122).

Le législateur, en effet, a déterminé les différents modes de révocation; et de même qu'il ne reconnaît la vo-

lonté de disposer, qu'autant que les solennités prescrites par lui ont été observées, il ne reconnaît la volonté de révoquer qu'autant qu'elle se produit avec l'accomplissement des conditions, qu'il y a mises.

Aussi, pouvons-nous dire encore, avec Justinien :

« *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere....* » (Inst. *Quib. mod. testam. infirm.*, § 7).

126. — III. — Notre troisième règle est que, pour révoquer, il faut être sain d'esprit, comme pour disposer (art. 901).

La révocation est, en effet, aussi bien que la disposition, *testatio mentis*, une volonté testamentaire.

Ce n'est pas que celui qui révoque son testament, attribue ainsi sa succession aux héritiers légitimes; mais du moins *dispose-t-il*, en ce sens qu'il exprime une *ordonnance de dernière volonté*, sur le mode de transmission de ses biens après sa mort; or, une telle ordonnance est, à notre avis, elle-même un testament. (Comp. *infra*, n° 141 ; le tome I de ce *Traité*, n° 404; Cass., 22 août 1837, de Villereau, D., 1837, I, 137).

127. — IV. — La révocation, d'ailleurs, peut être totale ou partielle ; il ne s'agit pas seulement ici de la *révocation des testaments*, mais de la révocation *des legs*, ou *des dispositions testamentaires ;* tel est le sens de cet intitulé de notre section ; et c'est ce que prouve l'article 1035 par ces mots : « .... *en tout ou en partie.* »

Le testateur, est, en effet, toujours l'arbitre absolu des dispositions contenues dans son testament, pouvant les changer, les augmenter, les diminuer, les révoquer, en tout ou en partie, jusqu'à sa dernière heure !

« *Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum!* » (L. 4, ff. *de Adim., vel transfer. legat.*)

128. — V. — Enfin, toute disposition, contenue dans un testament, est soumise à cette faculté de révocation.

Telle est notre dernière règle (*supra*, n° 122).

Cette règle, toutefois est controversée, en ce qui concerne les déclarations ou aveux, par lesquels le testateur reconnaît l'existence, à sa charge, d'une dette ou d'un dépôt envers un tiers.

Nous avons entrepris déjà d'établir que la faculté de révocation s'applique même à une reconnaissance d'enfant naturel, qui aurait été faite dans un testament par acte public; et cette démonstration, si nous y avons réussi, a prouvé, par avance, que les simples reconnaissances de dettes, de dépôt, ou autres semblables, faites dans un testament, sont aussi, à plus forte raison, toujours révocables. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 455.)

Mais la thèse contraire, qui avait des partisans dans notre ancien Droit, a continué d'être défendue dans notre Droit nouveau.

Rien ne s'oppose, dit-on, à ce que l'on insère, dans un testament, un contrat synallagmatique, une vente, par exemple, ou une donation entre-vifs, qui n'en conservera pas moins, à cette place, son caractère propre, et par conséquent, son irrévocabilité;

Or, s'il en est ainsi, il n'y a pas de motif pour qu'on n'y puisse pas insérer une convention unilatérale, ou une simple reconnaissance de devoir;

Donc, cette reconnaissance doit conserver aussi son caractère propre; car elle n'est pas, quoiqu'elle se trouve placée dans un testament, une disposition testamentaire; elle n'est que l'aveu d'un fait et un hommage rendu à la vérité! (Comp. Nîmes, 9 déc. 1822, Clamouse, D., 1825, II, 29; Bastia, 5 juill. 1826, Félix G..., D., 1827, II, 65; Amiens, 9 févr. 1826, Finot, D., 1829, II, 299; Delvincourt, t. II, p. 382; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 343, note *a;* Marcadé, art. 1035; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 690; Colmet de Santerre, t. IV, nos 181 *bis*, III.)

129.— Nous croyons pouvoir répondre.

Et d'abord, est-il bien sûr que l'on puisse insérer, dans un testament, un contrat synallagmatique?

Plusieurs auteurs, il est vrai, l'enseignaient autrefois: « *Quoniam contractus non videtur ex testamento pendere, sed suis viribus subsistere, nec indiget auxilio testamenti ut valeat...* » ce sont les termes de Mantica (t. XV, n° 10; comp. Ricard, Part. III, nos 107-111).

Mais cette doctrine n'était pas unanime; il y en avait, comme Julius Clarus, qui distinguaient entre les contrats, qui étaient étrangers au testament, et les contrats, qui n'y étaient pas étrangers, pour exclure ceux-là et admettre ceux-ci. (§ *Testam.*, quest. 75.)

Distinction frivole! répliquait Furgole, avec une grande fermeté de conviction; et il décidait « qu'un testateur ne peut pas se lier irrévocablement par une disposition contenue dans un testament...; qu'une disposition, insérée dans un testament, quoique revêtue de la forme d'une stipulation ou d'un contrat, est néanmoins une vraie disposition testamentaire...; et que la révocation du testament l'anéantit, tout comme si elle n'était pas conçue en la forme d'un contrat, parce que tout ce qui se trouve dans un testament, tient de la nature de cette disposition. » (Chap. XI, n° 48.)

Tel serait, en effet, suivant nous, le principe dans toute sa pureté! (Comp. L. 20, ff. *de Verbor. signif.*)

Il faudrait certainement l'appliquer au testament olographe, dans lequel la participation d'un tiers serait une cause de nullité.

Quant à l'écriture intérieure du testament mystique, on ne concevrait pas trop qu'elle pût renfermer une convention synallagmatique puisque les actes sous seing privé, qui contiennent des conventions de cette nature, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits doubles. (Art. 1325.)

Mais, dira-t-on, pourquoi le testament par acte public ne pourrait-il pas renfermer un contrat synallagmatique,

puisque notre Code n'exige pas, comme autrefois le Droit romain, sous l'influence duquel écrivait Furgole, que ce testament soit fait *uno contextu?* (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 240.)

A la bonne heure; et si une telle hypothèse, très-singulière assurément, se présentait, d'un contrat synallagmatique inséré dans un testament, il ne serait pas impossible que ce contrat fût valable et, par conséquent, irrévocable.

Mais pourquoi?

C'est qu'il ne se trouverait pas, en réalité, dans le testament; c'est qu'il formerait lui-même un acte distinct; et tel était, en effet, le motif de Ricard, qui disait que ce contrat *contient, en soi, un acte séparé, qui, pour être engagé dans le corps d'un autre, n'en emprunte pas la nature.* (*Loc. supra cit.*)

130. — Mais de là résulte-t-il que les simples reconnaissances de dettes ou de dépôts, écrites dans un testament y revêtent un caractère contractuel et irrévocable?

En aucune manière! suivant nous; car, ce sont là des dispositions qui, n'émanant que de la seule volonté du testateur, sont toujours révocables, et qui ne peuvent avoir d'autre caractère que celui qu'il a entendu leur attribuer, dans son libre et souverain arbitre! or, en les insérant dans un testament, c'est-à-dire dans un acte, dont il est toujours le maître, comme il l'est de sa pensée même, il a clairement annoncé qu'il ne les considérait pas comme destinées à former un titre de créance au profit des bénéficiaires!

Si, en effet, la doctrine, qui soutient que ces reconnaissances subsistent, même *après* la révocation, était exacte, il faudrait dire qu'elles constituent, même *avant* la révocation, de véritables créances!

D'où il résulterait:

1° Qu'elles ne seraient pas caduques par le prédécès

de celui au profit de qui elles auraient été faites. (Nîmes, 9 déc. 1822, Clamouse, D., 1825, II, 29);

2° Qu'elles ne seraient ni rapportables, si elles avaient été faites, sans clause de préciput, à l'un des héritiers, ni réductibles, si elles entamaient la réserve;

3° Qu'elles ne seraient pas réduites, au marc le franc, avec les autres legs, aux termes de l'article 927 ;

4° Qu'elles devraient être payées, par contribution, avec les créances héréditaires ;

5° Qu'elles pourraient être faites au profit de ceux qui sont incapables de recevoir à titre gratuit du testateur;

6° Qu'elles demeureraient valables, malgré la nullité du testament;

7° Que même elles produiraient une action du vivant du testateur, et contre lui!

Quelques auteurs, en effet, avaient admis autrefois jusques à cette dernière conséquence! (*Voy.* Valin, Cout. de la Rochelle, *des Testam.*, art. XLI, n° 97; Comp. Cass., 26 juillet 1864, L..., Dev., 1865, I, 33.)

Nous savons bien que les partisans modernes de cette doctrine y résistent eux-mêmes; et que, généralement, ils concèdent que les reconnaissances de dettes, dans un testament, ne donneraient pas le droit d'agir contre le testateur, et aussi qu'elles deviendraient suspectes, si elles étaient faites au profit d'une personne *prohibée*, comme disaient nos anciens, ou après l'épuisement de la quotité disponible. (Comp. Bordeaux, 27 août 1872, Bilhot, Dalloz, 1873, II, 95.)

Concessions inévitables, d'ailleurs, et sans lesquelles les prohibitions de la loi ne seraient qu'un vain mot! (L. 27, ff. *de Probat.*), mais qui sont, à notre avis, insuffisantes.

Nous croyons, en effet, qu'indépendamment même de toute révocation, ces prétendues reconnaissances devraient être traitées uniquement comme des legs, *in vim relicti* : caduques, dès lors, par le prédécès des bénéfi-

ciaires (art. 1039);— rapportables, d'après l'article 843; — réductibles au marc le franc, d'après l'article 927; — nulles, enfin, si le testament lui-même était nul. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, nº 256; et le tome II de ce *Traité*, nº 565.)

On se récrie qu'aucun ne peut être présumé se reconnaître, sans raison, débiteur, et que cette présomption est surtout vraisemblable dans un acte, comme le testament, *où l'on rend compte à Dieu, au monde et à soi-même de toute sa vie !* (Danty sur Boiceau, chap. XVI, nº 16; Toullier, t. III, nº 637.)

Mais ne se peut-il pas que le testateur, quoique n'ayant d'autre intention que celle de gratifier, ait voulu colorer son legs, en prétextant une dette? *in dubio præsumitur testator prætextum quæsiisse legato*, dit Cujas (sur la loi 88, § 10, ff. *de Legat.* 2º).

Oui! voilà la présomption, qui doit prévaloir, quand il s'agit d'une disposition insérée dans un testament, et que le bénéficiaire n'a pas, comme nous le supposons, d'autre preuve de sa prétendue créance que le testament lui-même; c'est en ce sens que Pomponius ajoutait : *Nuda ratio non facit aliquem debitorem!* (L. 26, ff. *de Donationibus;* comp. Bastia, 10 avril 1854, Arrighi, Dev., 1854, II, 236.)

Or, s'il en est ainsi *avant* la révocation, à combien plus de raison cette présomption doit-elle être maintenue *après* la révocation, c'est-à-dire après que le testateur lui-même, en reprenant cette reconnaissance, a prouvé qu'il n'avait jamais entendu s'en dessaisir, et qu'il ne l'avait faite qu'à titre de legs! ce n'est plus, dès lors, seulement une présomption; c'est la preuve acquise par la déclaration du testateur.

Preuve, qui serait irréfragable, si cette prétendue reconnaissance de devoir avait été l'objet d'une révocation spéciale, mais qui résulterait d'ailleurs aussi, suivant nous, malgré la différence, qu'y faisait autrefois Davot

(liv. III, p. 296), de la révocation générale du testament, qui la renfermait.

Nous ferons, enfin, à la doctrine contraire une dernière objection et, à notre avis, des plus graves : c'est qu'elle serait de nature à porter une profonde atteinte à la liberté de la révocation, et qu'elle pourrait fournir à la fraude un moyen très-dangereux de rendre irrévocables de vraies libéralités, en les déguisant sous la forme de reconnaissance de dettes. Ricard le comprenait bien ainsi ! car il est notable qu'il expose cette thèse précisément dans la section de son *Traité*, qui a pour titre : *Que la liberté de révoquer un testament ne peut être empêchée directement, ni indirectement.* (Part. III, chap. II, sect. Ire ; comp. Aix, 8 juin 1817, Dev. et Car., IV, II, 323 ; Paris, 7 févr. 1832, Guis, Dev., 1832, II, 339 ; Cass., 27 juin 1833, Henrys, Perrin de Precy, Dev., 1833, I, 691 ; Bordeaux, 3 avril 1841, Cannière, Dev., 1841, II, 361 ; Furgole, chap. XI, nos 48 et suiv. ; Bretonnier sur Henrys, qui, après avoir adopté la doctrine contraire, est revenu à celle-ci, dans sa seconde édition, chap. I, sect. VI, n° 51 ; Merlin, Répert. t. XVII, v° *Testament*, sect. II, § 6, nos 1 et 2 ; Toullier, t. III, n° 637 ; Troplong, t. IV, nos 2056 et suiv. ; Saintespès-Lescot, t. V, nos 1604 à 1607.)

131. — Nous supposons, dans la solution qui précède, que le bénéficiaire n'a pas d'autre titre de sa prétendue créance que le testament lui-même. (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 201 ; Cass., 4 mai 1840, Guyard, Dev., 1840, I, 401.)

Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce qu'il entreprenne de prouver l'existence, à son profit, de la dette, que le testateur a reconnue.

Nous croyons même que cette reconnaissance pourrait être invoquée par lui comme un commencement de preuve par écrit (art. 1347) ; et cela, après comme avant la révocation, et lors même que le testament serait nul en la forme.

Ce commencement de preuve, du reste, sera plus ou moins fort, suivant que la dette sera, disait Davot, plus ou moins *circonstanciée* (liv. III, p. 296); que le testateur en aura ou n'en aura pas indiqué la cause (arg. de l'article 1331); et aussi suivant la nature de la cause, qu'il aurait indiquée, comme s'il s'était reconnu débiteur pour exactions usuraires ou autrement, *pro male ablatis!*

Quelques auteurs enseignent même que, dans ce cas, la reconnaissance de devoir, quoique testamentaire, sera irrévocable. (Comp. Ricard, Part. III, nos 108, 109; Pothier, *Introduct. au tit.* XVI, *de la cout. d'Orléans*, n° 132; Davot et Bannelier, *loc. supra cit.*)

Mais c'est là, suivant nous, une déviation du principe, sur lequel toute notre doctrine repose, et qui pourrait l'ébranler; il suffit donc de concéder que le commencement de preuve par écrit, qui résultera de ces sortes d'aveux, sera plus considérable, en réservant toujours, bien entendu, suivant le Droit commun, à l'héritier la preuve contraire. (Comp. Favre, *Cod.* L. IV, tit. II, def. 4; Merlin, *Répert.*, t. XVII, v° *Testament*, sect. II, § 6, n° 3.)

132. — Ce que nous venons de dire *d'une reconnaissance de dette*, serait également applicable à *une reconnaissance de payement*, c'est-à-dire à la déclaration par laquelle le testateur aurait reconnu, dans son testament, que la dette, qu'il avait contre une personne, lui a été payée par cette personne; les motifs sont, en effet, les mêmes dans les deux cas. (Comp. Troplong, t. IV, n° 2062.)

133. — Telle sont les règles générales, qui gouvernent tous les modes de révocation des testaments. (*Supra*, n° 122.)

Examinons maintenant quels sont ces modes.

La révocation peut être expresse ou tacite; c'est-à-dire que la volonté du testateur, d'où elle dérive, peut se manifester soit explicitement, soit implicitement.

Mais il importe que cette manifestation soit telle, qu'elle ne laisse pas de doute sur la volonté.

Voilà pourquoi le législateur a déterminé, d'une manière précise, les modes de révocation, dans lesquels elle pourrait être reconnue. (*Supra*, n° 125.)

Les traditions antérieures offraient, en cette matière, beaucoup d'incertitudes.

Notre Code a sagement voulu y mettre un terme; et nous allons voir qu'il a créé un système, à certains égards, nouveau et aussi précis, d'ailleurs, que le comporte cette matière, qui dégénère souvent, malgré la netteté des textes, en questions de fait et d'interprétation.

134. — Nous nous occuperons successivement : d'abord, de la révocation expresse, et ensuite, de la révocation tacite.

I.

De la révocation expresse des testaments.

SOMMAIRE.

135. — L'article 1035 est ainsi conçu :

« Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou « en partie, que par un testament postérieur, ou par un « acte devant notaire, portant déclaration du change« ment de volonté. »

Voilà bien une formule restrictive: *ne pourront être révoqués*.

Il est clair, toutefois, que cette formule ne s'applique qu'à la révocation expresse, la seule dont l'article 1035 s'occupe, puisqu'il y a, en outre, des modes de révocation tacite, que les articles suivants déterminent. (Art 1036-1038.)

Ainsi, la révocation expresse ne peut se faire que de l'une ou de l'autre de ces deux manières; à savoir:

Soit par un testament postérieur;

Soit par un acte devant notaire, portant déclaration du changement de volonté.

Chacune de ces formes est substantielle, et nous pourrions dire, *solennelle*, en ce sens qu'aucune autre ne pourrait être considérée comme équivalente.

Ajoutons seulement que la preuve de *l'empêchement de révoquer* serait recevable, comme la preuve de *l'empêchement de tester;* et que, s'il était prouvé, en effet, que le testateur a été empêché, par des manœuvres frauduleuses, d'accomplir la révocation qu'il voulait faire, l'auteur de ces manœuvres devrait être condamné à réparer, par des dommages-intérêts, le préjudice qu'il aurait causé (art. 1382; comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 27; Agen, 30 juill. 1851, Ribeyrolles, D., 1851, II, 99; Cass., 15 mai 1860, Thierrée, Dev., 1860, I, 625).

136. — Deux systèmes contraires étaient autrefois en présence:

L'un, qui voulait qu'un testament ne pût être révoqué que par un autre testament, c'est-à-dire par un acte revêtu aussi de toutes les solennités testamentaires (comp. Bartole, sur la loi 8, ff. *de Legat.* 2°; Donneau, *Comm.*, liv. VI, cap. XVI, n° 3; Domat, Part. II, liv. III, tit. I, sect. V, n° 12);

L'autre, qui ne soumettait la révocation à aucune forme spéciale, et se bornait seulement à exiger qu'elle fût faite par écrit; Pothier le résume en ces termes: « La preuve testimoniale de cette révocation n'est pas reçue; mais l'écrit, qui la contient, n'a pas besoin d'être revêtu des formes testamentaires; » et il ajoute, en effet, que l'acte révocatoire « n'a pas besoin d'être écrit par le testateur, et qu'il suffit qu'il soit signé de sa main. » (*Introduct. au tit.* XVI *de la cout. d'Orleans*, n° 126; et *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 1; comp. Ricard, Part. III, n° 111.)

Mais chacun de ces systèmes était exagéré; et, si l'un était trop rigoureux, on peut dire que l'autre était trop facile.

Le premier, que l'on observait dans les pays de Droit écrit, leur était venu du Droit romain, qui avait considéré que le testament, ayant le caractère d'une loi, ne pouvait être révoqué que par une loi (*voyez* le tome IV, n° 22); ce mode solennel ne s'appliquait d'ailleurs qu'à l'institution d'héritier; de sorte que la révocation des legs n'y était pas soumise.

Quant au second système, qui était observé dans les pays de coutume, il manquait évidemment de précision.

Aussi, le législateur de 1804 n'a-t-il voulu suivre ni l'un ni l'autre; et le système intermédiaire, qu'il a admis, nous paraît, en effet, beaucoup meilleur.

Ce n'est, toutefois, qu'après certaines oscillations, que le législateur nouveau s'y est arrêté; il ne sera pas inutile de les faire connaître, d'autant plus que la rédaction de l'article 1035 en porte encore la trace, et qu'elle a donné lieu à des difficultés, dont la solution se trouve, à notre avis, dans l'historique même de sa formule. (*Infra*, n°s 149, 151.)

L'article 110 du projet était ainsi conçu :

« Les testaments ne pourront être révoqués, en tout « ou en partie, que par une déclaration du changement

« de vololonté *dans l'une des formes requises pour les tes-« taments,* » (Fenet, t. XII, p. 399.)

C'était la consécration du premier système.

Mais cette rédaction fut d'abord modifiée en ces termes :

« Les testaments ne pourront être révoqués, en tout « ou en partie, *que par un acte authentique portant décla-« ration du changement de volonté.* » (Fenet, *loc. supra*, p. 435.)

Deux observations furent présentées avec cette nouvelle formule, d'où il résultait :

D'une part, que la révocation n'aurait pas pu être faite par un testatement olographe postérieur ;

D'autre part, qu'elle aurait pu être faite par tout acte authentique, même reçu par un officier public autre qu'un notaire.

C'est en conséquence de cette double observation, que la rédaction actuelle de l'article 1035 a été finalement adoptée, et que l'on a admis, à l'égal l'un de l'autre, ces deux modes de révocation expresse : 1° par un testament postérieur; 2° par un acte devant notaire.

137. — 1° *Par un testament postérieur*, dit notre texte, sans distinction.

Il n'y a donc pas lieu de s'occuper de l'espèce particulière, soit du testament qui est révoqué, soit du testament qui révoque, ni de comparer l'un à l'autre.

On ne doit considérer, de chaque côté, que la forme testamentaire, dont l'efficacité est la même pour tous les testaments, que notre Code reconnaît. (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 53.)

Un testament notarié peut donc être révoqué par un testament mystique ou olographe; tout aussi bien qu'un testament mystique ou olographe par un testament notarié.

138. — De même, un testament de droit commun peut être révoqué par un testament privilégié, fait en mer, à l'armée, ou en temps de peste.

Remarquons, toutefois, que la révocation cessera de

valoir, quand le testament privilegié révocatoire cessera lui-même d'être valable, par l'expiration du délai fixé par les articles 984, 985 et 986 (comp. le tome IV, n° 423; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 183; Coin-Delisle, art. 1035, n° 11.)

139. — C'est que, en effet, un testament postérieur ne peut être révocatoire d'un premier testament, qu'autant qu'il est valable. (*Infra*, n° 153.)

S'il est nul, il ne saurait avoir d'effet, puisqu'il n'est pas un *testament* (art. 895; comp. le tome IV, n° 21).

L'opinion contraire, qui a été exprimée par Toullier (t. III, n° 269), est certainement inadmissible, sous notre Droit nouveau.

De là il suit:

Non-seulement qu'aucune preuve ne pourrait être admise d'une prétendue révocation verbale, fût-elle appuyée d'un commencement de preuve par écrit, et lors même que l'on offrirait de déférer le serment décisoire au défendeur. (Comp. Cass., 31 mars 1857, Thureau-Lasalle, Dev., 1857, I, 337; et les *Observations* de G. M.)

Mais encore qu'on ne devrait tenir aucun compte d'une révocation écrite, si elle n'était pas revêtue des formes testamentaires; comme si, par exemple, elle se trouvait dans un acte sous seing privé écrit par un tiers et signé par le révoquant, ou dans un acte écrit et signé par le révoquant, mais qui ne serait pas daté. (Comp. *infra*, n° 143; Colmar, 15 avril 1824, Klein, D., 1825, II, 63).

La révocation est-elle contenue dans un testament mystique, dont l'acte de suscription est nul? elle sera nulle, si l'écrit intérieur ne peut pas valoir comme testament olographe; elle sera valable, dans le cas contraire. (Comp. le tome IV, de ce *Traité*, n° 409.)

Quant à la révocation, qui se trouverait dans un testament par acte public, elle serait évidemment nulle, si le testament lui-même était nul à raison d'un vice tel qu'il ne pourrait pas même valoir comme acte notarié ordinaire.

Mais si l'acte public, nul comme testament, était valable comme acte notarié, la révocation serait-elle valable? grave question, que nous allons bientôt examiner. (*Infra*, nos 152 et suiv.)

140. — Paul écrit en entier, date et signe de sa main un acte, par lequel il déclare révoquer son testament antérieur; mais cet acte ne renferme aucune attribution de biens, aucun legs.

Est-ce là un testament postérieur, dans les termes de l'article 1035, et qui puisse révoquer le testament antérieur?

Non pas! a-t-on répondu:

1° L'article 1035 distingue la révocation par un testament postérieur, d'avec la révocation pure et simple, qui résulte de la déclaration du changement de volonté; et, pour celle-ci, il exige un acte devant notaire;

Or, cet acte n'est pas un testament, puisqu'il ne renferme aucune disposition; il n'est qu'une révocation pure et simple, portant déclaration du changement de volonté;

Donc, il ne pouvait être valablement fait que devant notaires;

2° Prétendra-t-on qu'il est lui-même un testament, et que le testateur, qui révoque une disposition par laquelle il avait dépouillé ses héritiers, fait ainsi une disposition à leur profit? — Pur sophisme! s'écrie Delvincourt, et qui mènerait à dire que toute personne, qui meurt intestat, a fait un testament! — Et puis, est-ce que le texte même de l'article 1034 ne suffit pas à le réfuter. Si, en effet, la loi avait considéré comme un second testament la révocation pure et simple d'un premier testament, elle aurait dû soumettre le second, aussi bien que le premier, aux solennités testamentaires; or, tout au contraire, elle se contente pour la révocation du premier testament, d'un simple acte notarié; donc, elle n'y voit pas un testament; et, puisque cet acte n'est pas un testament, il ne saurait valoir comme révocation, s'il est sous seing privé. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 96, note 12; Bugnet sur Pothier,

t. VIII, p. 308; Marcadé, art. 1035, n° 1; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 292; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1598.)

141. — Mais cette argumentation n'a pas réussi; c'est même une doctrine généralement admise, et avec grande raison, suivant nous, qu'un écrit en la forme olographe doit être considéré comme un *testament postérieur*, pouvant révoquer un testament antérieur, quoiqu'il ne contienne aucune autre disposition que cette révocation.

Nous disons : *en la forme olographe;* car, il est évident que, pour être révocatoire, il faut que cet acte soit écrit en entier, daté et signé par celui qui révoque. (Comp. Cass. 10 janvier 1865, Reybaud, *Gazette des Tribunaux* du 11 janvier 1865, et Dev. 1865, I, 118.)

Mais, en cette forme, nous n'hésitons pas à penser qu'il est révocatoire :

1° La doctrine contraire offre des contradictions telles, qu'il suffirait de les signaler pour la mettre hors de combat.

Il est certain, en effet, que notre Code a soumis à des formes moins rigoureuses l'acte, par lequel le révoquant veut rendre ses biens aux parents qu'il en avait dépouillés, que l'acte, par lequel il les en dépouille; et cela est très-naturel sans doute et très-politique!

« Lorsque les particuliers veulent réduire leur suc-
« cession aux termes de la loi, le chemin leur doit être
« libre! » disait Ricard. (Partie III, n° 124.)

C'est ainsi que notre Code, qui ne permet pas de dépouiller les héritiers par un simple acte notarié, et qui exige, en outre, des solennités spéciales (art. 972), permet, au contraire, de faire rentrer les biens dans la succession légitime par un simple acte notarié! (Article 1035.)

Or, après cela, comment serait-il possible de comprendre que, tandis qu'un testament notarié solennel

peut être révoqué par un simple acte notarié non solennel, un testament olographe ne pût pas être révoqué par un autre acte olographe, c'est-à-dire par une forme tout à fait égale et adéquate!

La forme olographe! mais elle est évidemment, dans la pensée du législateur, plus solennelle que celle d'un simple acte notarié; car, on peut faire un testament en la forme olographe, tandis qu'on ne peut pas faire un testament par un simple acte notarié.

Et on voudrait qu'une révocation, qui peut être faite par un simple acte notarié, ne pût pas être faite en la forme olographe!

2° Notre Code a-t-il commis de telles inconséquences?

Il n'en est rien! et l'article 1035 ne nous paraît les autoriser en aucune manière.

Ce qui résulte, au contraire, de cet article, c'est que toute forme, qui peut être employée pour faire une disposition, peut être également employée pour faire une révocation. Voilà bien ce qu'exprimait, en termes exprès, l'article 110 du projet, qui portait que la déclaration du changement de volonté pourrait être faite *dans l'une des formes requises par les testaments*, (*supra*, n° 136). Or, cette pensée n'a pas cessé d'être celle de notre texte, malgré la modification de sa formule.

Révoquer, en effet, c'est aussi disposer, car disposer, ce n'est pas seulement faire un legs; le sens de ce mot, dans l'article 895, est plus large et plus élevé; c'est faire acte de maître; c'est manifester une ordonnance de dernière volonté, relativement aux biens que nous laisserons à notre mort. Un acte, par lequel le *de cujus* s'est borné à ordonner la célébration de messes pour le repos de son âme, ou l'érection d'un tombeau, sans faire d'ailleurs aucun legs, n'est-il donc pas valable? Nul ne voudrait le soutenir (*supra*, n° 81); or, si cet acte est valable, ce ne peut être que comme testament. Eh bien! il en est de même, *à fortiori*, de l'acte par lequel le *de cujus*, après

avoir détourné ses biens de sa famille par une première disposition, c'est-à-dire par *un premier testament*, les y fait rentrer par une seconde disposition ; car cette seconde disposition est *un testament postérieur.*

On se récrie que les héritiers légitimes pourtant ne seront point *des légataires !*

Oh ! certainement non ; et nous ne disons pas, en effet, que le défunt leur a *légué* ses biens ; ce que nous disons, c'est que, en révoquant son premier testament, il en a *disposé;* et cela suffit pour que l'acte, qui renferme cette disposition, soit lui-même un testament.

Quant à l'objection, qui consiste à dire que notre doctrine confond ce que l'article 1035 a distingué, à savoir : le *testament* et la *révocation*, il est clair que le législateur, voulant rendre plus facile la disposition, qui *révoque*, que la disposition, qui *dépouille,* a bien été obligé, en effet, de les distinguer ! mais la distinction même, qu'il a faite, démontre qu'il est impossible, d'après la théorie de notre Code, qu'une forme, qui est valable pour faire un legs, ne soit pas, *à fortiori,* valable pour le révoquer !

3° Est-il besoin enfin d'ajouter combien la doctrine que nous combattons serait dangereuse, puisqu'elle enlèverait à l'homme, qui aurait fait un testament, dont il se repentirait, le seul moyen de révocation possible dans toutes les circonstances, où il ne pourrait pas recourir au ministère d'un notaire ! (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 59.)

Nous savons bien qu'il suffirait, pour rendre valable cette révocation en la forme olographe, d'y joindre un legs quelconque, même de la plus chétive valeur, et de l'objet le plus frivole !

Oh ! sans doute ; et c'est là même notre dernier argument ; est-ce, en effet, une doctrine bien sérieuse, que celle qui fait dépendre d'une telle circonstance, le sort d'un acte si important ! (Comp. Cass., 17 mai 1814, Adam, Sirey, 1815, I, 17 ; Colmar, 22 juin 1831,

Lotzbeck, Dev., 1832, II, 51; Cass.. 7 juin 1832, mêmes parties, Dev., 1832, I, 542; Bordeaux, 27 mars 1846, Lapoyade-Barbier, Dev., 1846, II, 524; Caen, 22 juill. 1868, Deloué, Dev., 1869, II, 68; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de codicille*, § 4, n° 2; Toullier, t. III, n° 633; Grenier, t. III, n° 342; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c*; Duranton, t. IX, n° 451; Vazeille, art. 1035, n° 17; Coin-Delisle, art. 1035, n° 7; Taulier, t. IV, p. 170; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 183; Colmet de Santerre, t, IV, n° 182 *bis*.)

142. — 2° La révocation expresse peut aussi être faite par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté, c'est-à-dire par un acte *ad hoc*, qui est fait seulement pour révoquer (art. 1035).

Ce n'est pas que ce mot : *déclaration*, implique la nécessité d'une formule sacramentelle. Qui pourrait hésiter, par exemple, à voir une révocation expresse dans l'acte notarié, par lequel le testateur aurait déclaré que son testament lui a été arraché ou surpris, se fût-il même borné à cette déclaration! (Comp. Mantica, *de Conject. ultim. volunt.*, lib. II, tit. III, n° 5.)

Ce qui est donc nécessaire seulement, c'est que la volonté de révoquer soit exprimée d'une manière non équivoque. (Comp. art. 919, 1273; *infra*, n° 150; Limoges, 9 mai 1809, Ducros, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4147; Cass., 25 avril 1025, Parleani, *h. v.*, n° 4149; Nîmes, 14 déc. 1827, Cartier, D., 1828, II, 89; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 342, note *b*; Troplong, t. IV, n° 2064; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1608.)

142 *bis*. — L'acte notarié, dont il s'agit, n'est pas, bien entendu, soumis aux solennités spéciales du testament par acte public (comp. art. 972-973).

C'est ainsi que la Cour de Nîmes a déclaré valable une révocation notariée, qui n'avait pas été dictée au notaire par le révoquant, et que celui-ci n'avait fait connaître que par le monosyllabe : *oui*, en réponse à l'officier public, qui l'interrogeait. (14 déc. 1827, Cartier, D., 1828,

II, 89; Cass., 1er juin 1870, Devic, Dev., 1870 I, 433; comp. le t. IV de ce *Traité*, n° 245.)

143. — Mais, du moins, faut-il que l'acte soit revêtu des solennités requises, à peine de nullité, par la loi du 25 ventôse an XI, pour les actes notariés ?

A ce point même, que, s'il était nul comme acte authentique, il ne pourrait valoir comme acte sous seing privé, lors même qu'il serait signé du révoquant. (Comp. art. 68 de la loi précitée; art. 1318 Code Napol.; *supra*, n° 139; Grenier, t. III, n° 342; Poujol, art. 1035, n° 7; Coin-Delisle, art. 1035, n° 3.)

144. — Ajoutons que la présence effective du second notaire ou des témoins y est requise, sous peine de nullité.

C'est ce que décidait déjà la jurisprudence, dès avant la loi du 21 juin 1843, dont l'article 2 est d'ailleurs formel à cet égard. (Comp. Toulouse, 28 nov. 1825, Marie-Martin, D. 1826, II, 32; Cass., 24 avril 1828, Augé, D., 1828, I, 226; Lyon, 25 févr. 1836, Chollet, Dev., 1836, II, 226.)

145. — Est-il nécessaire que l'acte notarié, portant révocation, soit retenu en minute ?

On a enseigné qu'il pouvait être passé en brevet; tel est, notamment, l'avis de Coin-Delisle, qui se fonde sur la jurisprudence coutumière, d'après laquelle la révocation des testaments pouvait être faite *nudâ voluntate;* d'où il induit que, lors de la rédaction de la loi du 25 ventôse an XI, cette révocation était rangée parmi les *actes simples*, que l'article 20 de cette loi permet de passer en brevet (art. 1035, n° 4).

Mais nous venons d'établir que la révocation est elle-même, à un certain point de vue, une *disposition;* et quand la loi exige spécialement, pour l'acte qui doit l'exprimer, la présence effective du notaire en second, ou des témoins, est-il vraisemblable qu'elle n'y ait vu qu'un de ces actes simples, qu'elle permet de rédiger en brevet ? nous ne le croyons pas. (Comp. *Dictionnaire du Notariat*, v° *Révocat. des testam.*, n° 20; Bayle-Mouillard sur Grenier,

t. III, n° 342, note *b*; Troplong, t. IV, n° 2052; D. *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4146; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1602.)

146. — Notons, en passant, qu'un Décret du 15 juin 1812 autorise les notaires à inscrire et à expédier l'acte de révocation sur la même feuille, qui a été employée pour le testament.

147. — La Cour de cassation, et ensuite la Cour de Lyon, ont déclaré valable la révocation expresse, faite dans un acte de donation entre-vifs, qui n'avait pas été acceptée par le donataire.

Et avec raison, suivant nous, malgré le dissentiment de Dalloz; car, cet acte était valable en soi, comme acte notarié, indépendamment de l'acceptation du donataire, qui constitue elle-même un acte postérieur et séparé. (Art. 932; comp. Cass., 25 avril 1825, Parleani, D., 1825, I, 285; Lyon, 7 février 1827, mêmes parties, D., 1827, II, 49; Coin-Delisle, art. 1035, n° 5; Marcadé, art. 1035, n° 111; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1600.)

148. — La simple déclaration du changement de volonté serait-elle valablement faite dans la forme d'un testament par acte public, qui ne contiendrait d'ailleurs aucune disposition?

Oui, sans doute! par le même motif qu'elle peut être valablement faite dans la forme d'un testament olographe (*supra*, n°s 139-140).

Est-ce que, d'ailleurs, le testament par acte public n'est pas aussi un acte notarié, par excellence! et comment se pourrait-il que le surcroît de garanties, qu'il présente, devînt une cause de nullité! c'est bien, au contraire, le cas de dire : *Utile per inutile non vitiatur*.

A ce point que la clause révocatoire produirait son effet, dans le cas même où l'acte serait nul comme testament, s'il était valable comme acte notarié. (Comp. Poitiers, 5 déc. 1854, Morin, D., 1855, II, 83; Bourjon, Part. VI, *des Testam.*, chap. I, n° 5; Coin-Delisle, art. 1035, n° 9; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 185.)

Mais cette hypothèse sera certainement très-rare; pourquoi, en effet, le révoquant aurait-il recours à une forme plus solennelle, quand il suffit d'une forme plus simple!

149. — Régulièrement donc, notre Code admet deux modes de révocation expresse, au choix du testateur, à savoir :

1° Un testament postérieur, qui renferme, en même temps que la clause révocatoire, des dispositions nouvelles ;

2° Une simple déclaration de révocation, par un acte notarié.

Ce sont là, disons-nous, deux modes de révocation distincts, quoique égaux et, en quelque sorte, parallèles ; et il importe de ne les point confondre.

C'est surtout lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet de la clause révocatoire, que la distinction est essentielle à maintenir entre l'un et l'autre.

150. — Cet effet toutefois n'est pas, en général, difficile à déterminer, dans le cas où la clause révocatoire se trouve dans un acte notarié.

Il est vrai que la loi n'y exige pas de termes sacramentels (*supra*, art. 142).

Mais on ne voit pas trop comment elle pourrait être équivoque, puisqu'elle doit être faite expressément dans un acte *ad hoc*, qui n'a pas d'autre objet !

Remarquons, seulement, qu'il faut que la révocation s'applique à la personne même, à laquelle le legs a été fait, et à l'objet même, qui a été légué.

Par mon testament, j'ai fait un legs à Julie, femme de Pierre; et je déclare ensuite révoquer le legs que j'ai fait à Pierre; on n'y devra pas voir, à moins de circonstances particulières, une révocation du legs fait à la femme de Pierre ; et ce qui pourra en résulter seulement, c'est que Pierre ne devra pas avoir, comme chef de la communauté, la jouissance de l'objet légué : *Legatum nulli alii*

adimi potest quam ei cui datum est. (L. 21 ff. *de Adim. legat.*; art. 1401.)

Ou bien, par mon testament, j'ai légué à Pierre l'*usufruit* de ma ferme ; et je déclare ensuite révoquer *le droit de passage*, que je lui ai légué sur ma ferme; cette révocation, dit Pothier, sera de nul effet (*des Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 1).

151. — On pourrait peut-être mettre en question, si la révocation expresse, dans un simple acte notarié, peut être conditionnelle ?

La déclaration notariée du testateur est ainsi conçue : *Je déclare révoquer mon testament pour le cas où tel événement arriverait.*

Nous n'hésitons pas toutefois à répondre que cette révocation est valable.

La révocation, en effet, peut être partielle ou totale (art. 1035); pourquoi ne pourrait-elle pas être aussi conditionnelle ou pure et simple ?

Dira-t-on que la condition insérée dans la révocation, réagit sur le testament antérieur, dont elle devient une modification, et qu'elle constitue ainsi un testament nouveau, qui ne peut être fait que dans les formes testamentaires ?

Mais ce n'est pas le testament antérieur, qui devient conditionnel, directement du moins ni principalement; le testament lui-même, il demeure ce qu'il était !

Ce qui est seulement conditionnel, c'est la révocation; c'est-à-dire, qu'elle ne pourra avoir d'effet, que sous la condition que le testateur y a mise, et qu'il a pu y mettre, puisqu'il aurait pu la faire pure et simple (comp. *infra*, n° 237).

152. — Mais supposons que la clause révocatoire se trouve dans un testament postérieur, qui contient, outre cette clause, des dispositions nouvelles, différentes, plus ou moins, des dispositions antérieures.

Dans ce cas, le sort de la clause révocatoire est-il lié au

sort des dispositions nouvelles; de façon qu'elle doive être nulle, si ces dispositions elles-mêmes sont nulles?

Ou, au contraire, la clause révocatoire en est-elle indépendante; de façon qu'elle puisse être valable, lors même que ces dispositions seraient nulles?

Cette thèse est délicate; et les graves controverses, qu'elle a depuis longtemps soulevées, s'agitent encore dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Nous croyons que, pour la bien résoudre, il faut faire, avant tout, une distinction :

Ou le testament postérieur est nul en la forme;

Ou le testament postérieur étant valable en la forme, ce sont les dispositions nouvelles, qu'il contient, qui se trouvent nulles par une cause quelconque.

153. — *a.* Et d'abord, il est clair, que si le testament postérieur, étant olographe ou mystique, se trouvait nul en la forme, on ne saurait tenir aucun compte de ce qu'il contient : ni de la clause révocatoire, si expresse qu'elle fût, ni des dispositions nouvelles.

Il en serait ainsi même du testament par acte public, s'il était nul non-seulement comme testament, mais même comme simple acte notarié, comme si, par exemple, il manquait de date (comp. *supra*, n° 139).

154. — Mais voici, au contraire, un testament postérieur, qui, bien que nul comme testament par acte public, peut être valable comme acte notarié ordinaire; il n'y a eu, par exemple, que trois témoins au lieu de quatre.

Les dispositions nouvelles, qu'il contient, sont nulles sans doute, puisqu'elles ne pouvaient être faites que dans les formes testamentaires.

Mais la clause révocatoire expresse qui, elle, pouvait être faite par un acte notarié ordinaire, est-elle valable?

On a soutenu l'affirmative :

1° Il y a ici, dit-on, deux choses distinctes : d'une part, les dispositions testamentaires; et d'autre part, la révocation;

Or, si les dispositions testamentaires sont nulles en la forme, il n'en est pas ainsi de la révocation;

Donc, rien ne s'oppose à ce que cette révocation soit valable; car elle est prouvée dans la forme légale, qui lui est propre; et c'est le cas d'appliquer la maxime : *utile per inutile non vitiatur.*

2° On ajoute que tel était l'ancien droit, attesté par Pothier (*Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 126);

Et que les auteurs de notre Code ont annoncé l'intention de le maintenir. M. Berlier ayant, en effet, demandé, dans la séance du 27 ventôse an XI, que l'on s'expliquât sur la question de savoir si un testament, nul en la forme, suffirait pour révoquer un testament antérieur, M. Tronchet se prononça pour l'affirmative, avec l'assentiment du conseil d'État, qui décida que cette résolution serait convertie en loi.

3° Il est vrai qu'aucun article n'a été rédigé à cet effet; mais l'article 1037 témoigne que telle est bien l'idée, qui a prévalu; car si la révocation tacite n'est pas subordonnée à l'efficacité des dispositions nouvelles, par lesquelles les dispositions précédentes ont été révoquées, *a fortiori* la révocation expresse doit-elle être indépendante de la validité des nouvelles dispositions. (Comp. Bruxelles, 22 juill. 1807, Demoor, Sirey, 1807, II, 673; Delvincourt, t. II, p. 96, note 12; Toullier, t. III, n°s 620 et suiv.; Duranton, t. IX, n°s 438 et suiv.; Vazeille, art. 1035, n° 2; Taulier, t. IV, p. 171; Coulon, *Quest. de droit*, t. II, p. 481; Solon, *Traité des nullités*, t. II, n° 134; Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 309; Marcadé, art. 1035, n° 3; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1599.)

155. — Cette doctrine n'a pas triomphé; et c'est avec beaucoup de raison, suivant nous :

1° La prémisse, sur laquelle elle se fonde, nous paraît, en effet, doublement inexacte :

En fait, d'abord; car il n'y a pas, dans ce testament, deux parties distinctes et indépendantes l'une de l'autre; il n'y a qu'un tout indivisible! Le testateur n'a pas fait deux sortes de dispositions différentes, savoir : 1° un testament nouveau; 2° une révocation, qui puisse être considérée, séparément, *per se*, comme formant aussi l'objet principal de l'acte. Non! l'objet principal de l'acte, ou plutôt son unique objet, c'est un testament nouveau, renfermant des dispositions nouvelles! et la clause de révocation n'en est qu'une dépendance accessoire, clause le plus souvent banale et de *style*, qui s'y trouve intimement subordonnée (comp. le t. IV de ce *Traité*, n° 276); cette clause n'est elle-même qu'une disposition testamentaire, à l'effet d'assurer de plus en plus l'exécution des dispositions, auxquelles elle se trouve *mélangée* (comp. Coin-Delisle, art. 1035, n° 3).

Et par suite, en droit, il est impossible d'appliquer ici la maxime : *utile per inutile non vitiatur ;* car cette maxime n'est applicable qu'autant que les diverses clauses du même acte n'ont pas entre elles de liaison intime, et que l'une n'est pas la condition, ou même seulement la conséquence de l'autre.

Mais, lorsque les clauses se tiennent entre elles, et que les unes ne sont que la déduction des autres, c'est la règle toute contraire, qu'il faut appliquer : *Quæ separationem non admittunt, in totum vitiantur !*

2° C'est qu'en effet, on ne pourrait pas scinder cet acte unique sans s'exposer à méconnaître l'intention du testateur, qui n'a pas fait une révocation pure et simple, mais qui, voulant seulement remplacer un testament antérieur par un autre testament, a pu subordonner la révocation du premier à la validité du second : ... *ita demum a priore testamento recedi, si posterius valiturum sit* (l. XVIII, ff. *de Legat.* 3°).

Et on ne méconnaîtrait pas moins le sens de l'article 1035, qui, en offrant au testateur le choix entre ces deux modes différents de révocation, un testament postérieur et une déclaration du changement de volonté devant notaire, n'a pas voulu apparemment lui-même les confondre, et qui a dû vouloir, au contraire, que le testateur observât exactement les formes de celle des deux qu'il choisirait : soit les formes testamentaires, s'il faisait la révocation par un testament postérieur; soit la forme notariée, s'il la faisait devant notaire.

3° Cette démonstration nous paraît décisive; et, au point où nous en sommes, les autres arguments de la doctrine contraire ne sauraient plus nous arrêter.

L'ancien Droit, qu'elle invoque, n'est plus, en effet, une autorité sous notre Droit nouveau, qui n'admet pas que la révocation puisse être faite *nuda voluntate* (*supra*, n° 136); et, encore faut-il ajouter que l'ancien Droit lui-même n'était pas uniforme à cet égard; c'est ainsi que, dans le ressort de la Coutume de Paris, il était admis qu'un testament postérieur, s'il était nul, ne révoquait pas un testament antérieur, quoiqu'il renfermât une déclaration de révocation. (Comp. Ricard, Part. III, n° 127; Bourjon, Part. VI, *des Testam.*, chap. I, n° 5; Cass., 23 août 1825, d'Isambourg, D., 1827, I, 365.)

Il est vrai que, dans la séance du 27 ventôse an XI, le conseil d'État exprima l'avis qu'un testament, nul en la forme, pourrait révoquer un testament antérieur, et que même un article serait rédigé en ce sens; mais il ne fut pas donné suite à cette idée, qui n'avait pas été, d'ailleurs, l'objet d'une discussion approfondie; de sorte que cet incident des travaux préparatoires se retourne contre la doctrine que nous combattons; car il prouve que les articles du projet ne renfermaient pas cette décision, puisqu'on voulait l'y ajouter; or, ces articles, tels qu'ils étaient, sont devenus les textes de notre Code!

Quant à l'argument, que l'on a déduit de l'article 1037,

il suffit, pour y répondre, de remarquer que la différence, qui en résulte, a toujours existé! En Droit romain, et dans notre ancien Droit français, la révocation d'un testament antérieur, par un testament postérieur valable, avait son effet, lors même que ce dernier testament demeurait sans exécution par l'incapacité ou le refus de l'héritier institué ou du légataire; tandis que la révocation ne résultait pas d'un testament nul en la forme (comp. les § 2 et 7, *Inst. Quib. mod. testam. infirm.;* Ricard, *loc. supra;* Furgole, chap. IX, n° 40); c'est que, en effet, l'inexécution du testament postérieur valable ne lui enlève pas sa force probante; à la différence du testament nul, qui, n'existant pas aux yeux de la loi, ne saurait prouver ni les dispositions nouvelles, ni la révocation!

Faut-il répondre enfin à l'argument, que Toullier a déduit de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, et de l'article 1318 du Code Napoléon?

Mais la disparité des deux cas est manifeste! c'est l'acte tout entier, qui devient alors valable comme acte sous seing privé, quand il est nul comme acte public; tandis que l'on voudrait diviser le testament, qui serait nul en partie, et en partie seulement valable! or, cette division, cette mutilation serait impossible, même dans le cas prévu par les articles 68 et 1318 précités; et elle ne l'est pas moins dans le cas de l'article 1035.

Davot, qui enseignait cette doctrine avec une grande fermeté, ajoutait, fort justement, qu'il la faudrait appliquer, *quand même la clause révocatoire serait à la tête du testament postérieur ;* et que *l'ordre de l'écriture* n'empêche pas qu'elle doive être toujours présumée n'avoir été faite que *conséquemment et accessoirement* (liv. III, traité IV, chap. XVIII, n° 13; comp. Poitiers, 30 août 1806, Minvielle, Sirey, 1809, II, 102; Limoges, 8 juill. 1808, Boisse, Sirey, 1808, II, 234; Pau, 3 déc. 1808, Minvielle, Sirey, 1809, II, 101; Aix, 20 avril 1809, Bellon, Sirey, 1813,

II, 342; Turin, 19 mars 1810, Bongioami, Sirey, 1811, II, 57; Cass., 20 fév. 1821, Bernard, Sirey, 1822, I, 11; Bordeaux, 24 mai 1822, Bodereau, Sirey, 1823, II, 14; Toulouse, 12 août 1831, Cinq-Fraix, Dev., 1832, II, 587; Bordeaux, 25 août 1832, Delbos, Dev., 1833, II, 15; Cass., 2 mars 1836, Laugier, Dev., 1836, I, 174; Cass., 14 juill. 1839, Molinié, D., 1839, I, 294; Agen, 9 août 1854, Dulac, Dev., 1854, II, 649; Cass., 10 avril 1855, Dulac, Dev., 1855, I, 321; et *Consultation* de M. Ravez, *h. l.*; Cass., 10 juill. 1860, D., 1860, I, 454; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, art. 11, n° 5; et *Quest. de droit*, v° *Révocat. de testam.* § 1, n° 4; Favard, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. III, § 1, n° 3; Poujol, art. 1035, n° 6; Grenier, qui, après avoir enseigné la doctrine contraire, est revenu à celle-ci, t. III, n° 342; et Bayle-Mouillard, *h. l.*; note *a*; Coin-Delisle, art. 1035, n° 8; Troplong, t, IV, n° 2050; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 185; Colmet de Santerre, t. IV, n° 184 *bis*, IV).

156. — Les motifs sur lesquels cette doctrine est fondée, démontrent qu'elle ne saurait admettre de distinction.

On a proposé, toutefois, une doctrine intermédiaire d'après laquelle la clause révocatoire, insérée dans un testament nul comme tel, mais valable comme acte notarié, ne devrait être déclarée nulle que relativement aux dispositions du premier testament, qui se trouvent reproduites, en tout ou en partie, au profit des mêmes légataires, dans le testament postérieur; mais qui la déclare, au contraire, valable relativement aux dispositions du premier testament, que le second ne reproduit pas. (Comp. Nîmes, 7 déc. 1821, Poudevigne, Sirey, 1822, II, 324; Delvincourt, t. II, p. 96, note 12; Duranton, t. IX, n°s 438 et suiv.)

Si spécieuse que cette distinction puisse paraître, elle est, à notre avis, juridiquement inadmissible; car, le testament postérieur ne saurait fournir, en aucun cas,

une preuve légale de la volonté du testateur, puisqu'il est nul en la forme!

157. — Il n'y a qu'un moyen, pour le testateur, de rendre la clause révocatoire indépendante de la nullité du testament postérieur, dans laquelle il l'insère; c'est de déclarer, à l'imitation de l'ancienne clause codicillaire, dit fort ingénieusement Coin-Delisle (art. 1035, n° 10), qu'il entend, en effet, qu'elle en soit indépendante, et qu'il veut la maintenir à tout événement.

Il est clair alors que la clause révocatoire ne serait pas seulement une conséquence accessoire des nouvelles dispositions testamentaires; elle aurait, au contraire, une existence propre et distincte; et, en conséquence, elle serait valable, même dans le cas où le testament étant nul comme tel, ne pourrait valoir que comme acte notarié. (Comp. *supra*, n° 148; Bouhier, t. I, p. 364, n° 4; Davot et Bannelier, *loc. supra cit.;* Merlin, *Quest. de droit*, v° *Révocat. de testam.*, § 1, n° 4, 4°.)

158. — *b.* — Supposons maintenant que la clause révocatoire se trouve dans un testament valable en la forme, mais dont les dispositions nouvelles sont nulles en tout ou en partie. (*Supra*, n° 152.)

Dans ce cas, le sort de la clause révocatoire est-il lié au sort des dispositions nouvelles?

Ou, au contraire, la révocation peut-elle être valable, quoique les dispositions nouvelles soient nulles?

C'est là, suivant nous, surtout une question de fait et d'interprétation.

Le testateur peut faire la clause révocatoire pure et simple, sans la subordonner à la validité et à l'exécution de ses dispositions nouvelles; il peut aussi la faire conditionnelle, en la subordonnant à la validité et à l'exécution de ses nouvelles dispositions.

En fait, qu'a-t-il voulu?

Telle est la seule question; et, pour la résoudre, on peut alors rapprocher et comparer les divers testaments,

les anciens et les nouveaux; rien ne s'oppose à ce que l'on recherche l'intention du testateur dans les dispositions mêmes du testament postérieur, malgré leur inefficacité ou leur nullité; car le testament, étant valable en la forme, témoigne, dans toutes ses parties, sans distinction, de sa volonté!

Généralement, on devra être porté à croire que la clause révocatoire expresse est indépendante de la validité et de l'exécution du testament postérieur, qui la renferme; cette proposition nous paraît être une conséquence de l'article 1037 (*infra*, nº 204).

Si, en effet, la révocation tacite, qui résulte de la contrariété ou de l'incompatibilité des dispositions nouvelles avec les anciennes, est indépendante de l'exécution de celles-ci, à plus forte raison doit-il en être ainsi de la révocation expresse!

Toutefois, c'est aux juges du fait, qu'il appartient de reconnaître la véritable portée, que le testateur a voulu attacher à la clause révocatoire; et ils peuvent reconnaître que le testateur n'a entendu la faire que conditionnellement, pour le cas où les nouvelles dispositions seraient exécutées.

Cette doctrine nous paraît juridique, malgré le dissentiment de Devilleneuve. (Observations sur l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juill. 1858, Porte, Dev., 1858, I, 578.)

Aussi, a-t-elle été consacrée par la jurisprudence. (Comp. l'arrêt précité; Paris, 25 mars 1859, Théault, Dev., 1859, II, 499; Cass., 10 juill. 1860, mêmes parties, Dev., 1860, I, 708; Caen, 17 janv. 1865, 1re chambre, Dubosq, Dev., 1865, II, 98.)

Il est vrai que d'autres décisions ne semblent pas conformes à celles que nous venons de citer; et notre regrettable confrère a opposé, en effet, ces différents arrêts les uns aux autres, pour combattre la doctrine que nous proposons. (Comp. Poitiers, 6 mai 1847, Caldelar,

Dev., 1847, II, 353; Cass., 25 juillet 1849, Hérison, Dev., 1849, I, 673.)

Mais faut-il s'étonner de la différence des décisions judiciaires sur des questions d'espèces? et cette différence elle-même n'est-elle pas la preuve qu'il ne s'agit ici que de l'interprétation de la volonté du testateur!

158 *bis.* — Il faut, toutefois, que nous ajoutions que, depuis notre dernière édition, l'arrêt précité de la Cour de Caen, du 17 janvier 1865, a été cassé par la Cour suprême le 23 juillet 1867. (Dubosq, le *Droit* du 24 juill. 1867.)

Nous avouerons que l'arrêt de la Cour de Caen nous paraissait bien rendu, malgré l'habile critique dont il avait été l'objet, de la part de nôtre honorable confrère M. Delasalle, dans le *Recueil des arrêts des Cours impériales de Caen et de Rouen* (1865, t. XXIX, p. 49).

Et tel était si bien notre avis, que, malgré l'échec qui vient d'atteindre l'arrêt de Caen, il nous serait difficile de nous en départir, d'autant plus que la cassation a été prononcée contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Blanche, qui paraît maintenir son dissentiment, dans des *observations* que le savant magistrat a bien voulu fournir au recueil précité des arrêts de Caen et de Rouen (1867, t. XXXI, p. 196).

159. — Que la révocation expresse d'un testament puisse être elle-même rétractée par une autre révocation expresse, faite dans l'une ou l'autre des deux formes autorisées par l'article 1035, c'est-à-dire soit par un testament postérieur, soit par un acte devant notaire portant déclaration du changement de volonté, cela est d'évidence.

Car, si un testament antérieur peut être révoqué dans l'une ou dans l'autre de ces formes, il n'y a pas de motif pour que la révocation elle-même ne puisse pas être ainsi révoquée.

Et il ne faut pas douter, en effet, que l'article 1035

est applicable à la révocation nouvelle, par laquelle le testateur rétracte, en tout ou en partie, sa première révocation. (Comp. Cass., 22 mars 1837, Devillers, Dev., 1837, I, 305; Merlin, Répert., v° *Révocat. de testam.*, § 4, n° 6; Duranton, t. IX, n° 441; Coin-Delisle, art. 1035, n° 12; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 185.)

160. — Mais alors s'élève une thèse importante, à savoir : si l'acte, par lequel le testateur rétracte la révocation, qu'il avait faite de son testament, a pour conséquence de faire revivre, de plein droit, ce testament?

Cette thèse nous paraît présenter deux questions distinctes : l'une, de fait principalement et d'interprétation; l'autre, principalement de droit et de principe :

a. — En fait, lorsqu'une personne a fait un premier testament, et que, après l'avoir révoqué, elle rétracte sa révocation, doit-on présumer nécessairement qu'elle a voulu faire revivre son premier testament? La rétractation de la révocation suffit-elle pour prouver son intention à cet égard? ou ne faut-il pas, au contraire, qu'il en existe une autre preuve?

b. — Si la rétractation de la révocation ne suffit pas, et s'il faut, en outre, que l'intention du révoquant de rendre la vie à son premier testament soit manifestée, en quelle forme cette manifestation peut-elle être faite?

161. — *a.* — Et d'abord, l'intention du révoquant de faire revivre son premier testament, est-elle suffisamment prouvée par l'acte même, qui rétracte sa révocation?

Il y a un cas où l'affirmative n'est pas douteuse : c'est celui où le testament n'a été révoqué que par un acte devant notaire portant déclaration du changement de volonté, ou par un testament postérieur, qui ne renferme pas de nouvelles dispositions. (*Supra*, n° 148.)

Évidemment, la rétractation de cette révocation pure et simple fait alors, par elle seule, revivre, de plein droit, le testament.

Dans quelle autre intention, en effet, pourrait-elle

avoir été faite? La révocation avait rendu les biens du testateur à l'héritier légitime; et il est clair que la rétractation de cette révocation ne peut avoir pour but que de les rendre au légataire.

La volonté du révoquant, de révivifier son testament, est donc alors très-certaine!

Ou c'est là ce qu'il a voulu faire; ou il faut dire qu'il n'a voulu rien faire, et qu'il n'a pas su ce qu'il faisait! (Comp. les citations *infra*, n° 165.)

162. — Mais en est-il ainsi, dans le cas où le premier testament a été révoqué par un second testament, qui renferme des dispositions nouvelles?

Par un premier testament, j'ai institué Paul mon légataire universel,

Par un second testament, j'ai institué Pierre mon légataire universel, en déclarant révoquer mon premier testament.

Et, enfin, j'ai ensuite révoqué mon second testament, soit par un troisième testament, soit par un acte notarié, sans rien dire d'ailleurs du premier.

Mon premier testament revit-il de plein droit?

On a soutenu, dans ce cas encore, l'affirmative. (Comp. Grenoble, 14 juin 1810, Philippine-Martin, Sirey, 1811, II, 20; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de testam.*, § 4, n° 6; Duranton, t. IX, n° 441; Coin-Delisle, art. 1035, n° 12.)

Cette doctrine, toutefois, n'a pas été admise; et nous pensons qu'elle ne pouvait pas l'être :

De cela seul, en effet, que le testateur a révoqué son second testament, il serait téméraire de conclure qu'il a nécessairement voulu faire revivre le premier!

Cette révocation prouve bien sans doute qu'il n'a pas persévéré dans son second testament.

Mais a-t-il voulu revenir au premier, dont il n'a rien dit?

On l'ignore; et n'y eût-il, à cet égard, qu'un doute, qu'il serait impossible de rendre la vie à un testament quand il est incertain si le testateur a entendu le révivi-

fier; il faut, dans tous les cas, que la volonté testamentaire ne soit pas équivoque!

Il se peut, d'ailleurs, très-bien que le testateur, en révoquant le second testament, n'ait pas eu l'intention de faire revivre le premier.

Si le premier testament est déjà d'une date ancienne, il l'avait peut-être perdu de vue et oublié!

Peut-être aussi qu'il s'en est bien souvenu, et que sa volonté de le révoquer a toujours été aussi persévérante et aussi ferme; comme s'il l'a révoqué par des motifs de mécontentement contre le légataire indigne, qu'il avait d'abord institué, motifs qui n'ont pas cessé d'exister.

C'est la même pensée, qui a dicté au législateur la disposition de l'article 1037.

En voilà, nous le croyons, assez pour conclure que l'acte, qui révoque le second testament, par lequel le premier testament avait été lui-même révoqué, ne suffit pas toujours à prouver que l'intention du révoquant a été de faire revivre le premier.

Ce qui peut être vrai seulement, c'est que la question de savoir si le révoquant a eu l'intention de faire revivre son premier testament, pourrait résulter des circonstances particulières du fait, dont les magistrats sont les appréciateurs.

Mais, à défaut de circonstances semblables, il faut que le révoquant manifeste, en effet, l'intention de faire revivre son premier testament. (Comp. Douai, 3 nov. 1836, Thorel, Dev., 1839, II, 12; Caen, 24 avril 1841, Fournerie, Dev., 1841, II, 490; Grenoble, 29 avril 1842, Margand, Dev., 1843, I, 543, en note; Cass., 7 janv. 1843, Bigot, Dev., 1843, I, 543; Lyon, 18 mars 1847, Renther, Dev., 1848, II, 23; Caen, 8 mai 1866, Sorel, *Recueil des arrêts de Caen*, 1866, p. 178; Ricard, Part. III, n° 175; Delvincourt, t. II, p. 101, note 2; Toullier, t. III, n° 635; Grenier, qui avait d'abord soutenu la doctrine contraire, t. II, n° 347; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Poujol, art. 1035,

n° 10; Troplong, t. IV, n° 2065; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 185, 186; Colmet de Santerre, t. IV, n° 184 *bis*, VI; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1603.)

165. — *b.* — Reste à savoir en quelle forme peut être manifestée cette intention du testateur de faire revivre son premier testament.

Et d'abord, si la révocation du second testament est faite elle-même par un acte en forme testamentaire, il suffit certainement que le révoquant déclare qu'il se réfère désormais aux dispositions exprimées dans son premier testament, sans qu'il soit nécessaire de les reproduire.

Ricard a écrit, il est vrai, dans notre ancien Droit, que « la force ne pouvait pas être rendue à un premier testament par un postérieur, *si le premier n'y était entièrement transcrit* ; » et son motif était que le premier testament, ayant cessé d'exister, était anéanti, et qu'il fallait, en conséquence, pour le révivifier, le faire à nouveau dans la forme solennelle. (Part. III, n° 178-183.)

Mais la doctrine de Ricard était isolée ; et Bergier lui-même, son annotateur, la contredit, en citant un arrêt contraire du 22 mai 1691.

Le chancelier d'Aguesseau en a d'ailleurs aussi démontré l'inexactitude :

Deux sortes de changements, disait-il, peuvent survenir dans un testament : les uns regardent le testament même, *en attaquent le corps, la matière et la substance* ; les autres sont la révocation, tacite ou expresse, que le testateur fait de son testament. Dans les premiers, comme le corps même du testament est attaqué, alors il ne peut revivre que par un second testament, ou plutôt il ne revit jamais ; c'est un testament nouveau, qu'il faut faire ; l'ancienne disposition est détruite et anéantie absolument. Mais, dans les autres, le testament existe toujours en lui-même ; c'est toujours un acte réel, un acte certain, un acte dont la matière n'est point anéantie ; *la forme est entière* ; *la solennité n'est point effacée.* En un mot, l'acte,

en soi, a tout ce qu'il faut pour valoir et être exécuté. Quelle est donc la cause, qui lui ôte, pour ainsi dire, l'être et le nom de testament? c'est une cause, en quelque manière, extérieure, qui est hors de l'acte; c'est le changement de la volonté du testateur prouvé par un acte suivant. Tant que cette cause subsiste, le testament ne peut être exécuté ; une absence de volonté le rendait nul; un retour certain de volonté est absolument nécessaire pour le rétablir dans son premier état; mais aussitôt que cette volonté paraît, alors le testament revit de plein droit. » (46e plaidoyer, p. 220 et suiv.)

C'est que, en effet, grande est la différence entre un testament *détruit* et un testament simplement *révoqué!*

Le testament, qui a été détruit matériellement, est bien plus que révoqué; il est anéanti comme s'il n'avait jamais existé.

Tout autre est le testament révoqué, qui n'a pas cessé d'exister matériellement, avec toutes les solennités requises, et dont il faut dire même qu'il a conservé son existence légale, en ce sens qu'il renferme toujours la preuve des dispositions, que le testateur a exprimées, à la date qu'il porte.

Ce testament, en soi, est donc toujours valable, toujours susceptible d'exécution! il est vrai que si, au jour du décès, un acte de révocation postérieur est produit, sa force d'exécution se trouvera paralysée, parce qu'il n'exprimera plus la dernière volonté du testateur.

Mais aussi, rien ne s'opposera à sa force d'exécution, si cet obstacle extérieur est écarté par un autre acte, dans lequel le testateur aura rétracté la révocation intermédiaire. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 48; Furgole, *Traité des Donations*, quest. 41; Merlin, Répert., v° *Révocat. de Testam.*, § 4, n° 5; et les citations *infra.*)

164. — Bien plus! nous croyons que l'intention de faire revivre le premier testament, qui avait été révoqué

par le second, peut être manifestée par une déclaration dans la forme d'un simple acte devant notaires.

Cette seconde proposition peut, toutefois, paraître plus contestable ; et elle a été aussi plus contestée.

Pour la combattre, ne pourrait-on pas, en effet, produire ce raisonnement :

C'est une règle certaine que l'acte, qui fait le titre du légataire, doit être revêtu des solennités du testament.

Or, quel est ici le titre du légataire ?

Est-ce seulement le premier testament ? pas du tout ! car, s'il n'avait que ce premier testament, sa défaite serait inévitable, puisque l'on produit contre lui un second testament qui l'a révoqué.

Donc, il faut que le légataire invoque, outre le premier testament, l'acte par lequel le second testament, révocatoire du premier, a été lui-même révoqué ;

Donc, cet acte fait aussi son titre ; et, par conséquent, il ne peut être invoqué par le légataire qu'autant qu'il sera revêtu des solennités testamentaires. (Comp. Besançon, 14 mars 1834, Devillers, Dev., 1837, I, 305.)

Mais il nous paraît facile de répondre :

1° Non ! ce n'est pas l'acte révocatoire, qui fait le titre du légataire.

Son titre, le seul titre, qu'il lui soit nécessaire d'invoquer comme demandeur en délivrance de son legs, c'est le premier testament ; or, le voici, très-intact dans sa substance matérielle, très-régulier dans sa forme légale !

La preuve du légataire est donc faite.

Mais on lui oppose le second testament, qui a révoqué ce premier testament, qu'il produit !

Eh bien ! alors, c'est par voie d'exception seulement et de défense, qu'il vous oppose, de son côté, l'acte notarié, qui a révoqué ce second testament, avec la déclaration du testateur qu'il entendait revenir à son premier testament, ce n'est pas comme un testament nouveau, que le légataire l'invoque ; cet acte notarié n'est pas, en effet, un tes-

tament; il n'est qu'une simple révocation; mais précisément, le légataire ne l'invoque que pour écarter l'obstacle, que le second testament aurait pu opposer à l'exécution du premier.

Voilà ce que disait excellemment Papinien, dans une hypothèse semblable à la nôtre :

« *Non enim de jure testamenti quæritur, sed de viribus exceptionis.* » (L. 2, § 2, ff. *de Bonor. possess. secund. tab.*)

2° Nous venons d'ailleurs de reconnaître que l'intention du testateur de faire revivre son premier testament, par la révocation du second, peut être exprimée dans un acte revêtu des formes testamentaires, lors même que cet acte serait purement révocatoire et ne renfermerait pas de dispositions nouvelles (*supra*, n° 236);

Or, l'article 1035 a placé sur la même ligne les deux modes de révocation, qu'il offre au choix du testateur; et il serait impossible, en effet, d'introduire, sans méconnaître le texte même de la loi et l'évidente intention de ses auteurs, une différence entre le testament postérieur et l'acte devant notaire, portant déclaration du changement de volonté, quant aux effets, dont l'un et l'autre de ces modes de révocation est susceptible;

Donc, puisque l'intention de révivifier le premier testament peut être manifestée dans un acte testamentaire, qui révoque le second, cette intention peut aussi être manifestée par un acte révocatoire devant notaire.

3° Ajoutons, enfin, que le testateur, qui emploie la forme notariée ordinaire pour révoquer un testament, a certainement le droit d'expliquer sa révocation, et surtout de déterminer le caractère, l'étendue et les effets qu'il entend y attacher; il peut la faire totale ou partielle, pure et simple ou conditionnelle (*supra*, n° 151); il doit donc aussi pouvoir déclarer qu'il ne révoque le second testament que pour faire revivre le premier. (Comp. Cass., 22 mars 1837, Devillers, Dev., 1837, I, 305; Dijon, 8 mars 1838, Devillers, Dev., 1838, II, 134; Caen, 24 avril

1841, Fournerie, Dev., 1841, II, 490; Pont, *Revue de législat.*, t. III, p. 104 et suiv.; Grenier, t. III, n° 346; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*, Duranton, t. IX, n° 441; Troplong, t. IV, n° 2065; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 186; Massé et Vergé, t. III, p. 294; Colmet de Santerre, t. IV, n° 184 *bis*, V.)

164 *bis*. — La déclaration par un testateur qu'il n'a fait aucun testament antérieur, équivaut-elle à une révocation d'un premier testament?

C'est en ces termes que le journal *le Droit* du 10 mai 1870 pose une question, qui s'est présentée devant le Tribunal de Versailles, dans une espèce singulière et intéressante :

Par un premier testament olographe du 5 juin 1858, la veuve Frappa avait légué à la demoiselle Carpentier une rente viagère de 200 fr.

Et, par un second testament, en la forme authentique, du 19 avril 1865, elle avait fait d'autres legs, qui n'avaient rien d'inconciliable avec le legs porté dans son testament olographe.

Mais, dans ce second testament, elle avait déclaré *n'avoir fait aucun testament antérieur.*

En ces circonstances, le legs de la rente viagère fait à la demoiselle Carpentier, devait-il être considéré comme révoqué?

De révocation tacite, il n'y en avait pas; nous venons de dire que les dispositions du testament n'étaient pas incompatibles avec celles du premier testament et n'y étaient pas contraires (art. 1036).

Y avait-il une révocation expresse?

Il serait difficile de l'affirmer.

De deux choses l'une :

Ou la testatrice se souvenait de son premier testament, au moment où elle faisait le second; et alors, pourquoi ne pas déclarer, en effet, expressément, qu'elle le révoquait, si telle était sa volonté;

Ou, au contraire, elle ne s'en souvenait pas, elle l'avait perdu de vue ; et alors, comment admettre qu'elle ait eu la volonté de révoquer un testament, qui à ce moment là même, n'était pas présent à sa pensée !

Qui sait d'ailleurs s'il ne lui convenait pas d'en laisser ignorer l'existence, au moment où elle faisait cet autre testament par acte public ?

Aussi, le Tribunal de Versailles a-t-il décidé que le premier testament n'était pas révoqué et devait recevoir son exécution (7 janv. 1870, Carpentier, Dev., 1871, II, 77).

Nous croyons que cette décision a été bien rendue, dans l'état des faits ;

En ajoutant, toutefois, que c'est là, finalement, une question d'interprétation, et qu'il ne serait pas impossible que des circonstances différentes, et notamment le caractère et l'importance comparée des dispositions renfermées dans les deux testaments, dussent modifier la solution.

164 *ter*. — Nous avons eu connaissance d'une autre espèce, singulière aussi et intéressante, et qui est, pour ainsi dire, en sens inverse, semblable à celles que nous venons de citer.

Paul fait, en 1860, un testament, par lequel il attribue un legs à l'un de ses amis, et il y insère la déclaration suivante : « *Ce testament devra être exécuté, si je n'en fais pas d'autre.* »

Puis, en 1865, il fait un second testament, qui ne renferme aucune révocation expresse du premier, et dont les dispositions ne sont pas incompatibles avec les dispositions de celui-ci et n'y sont pas contraires; seulement, il ne le rappelle pas; il n'en dit rien !

Donc, ni révocation expresse, ni révocation tacite !

Le premier testament devait-il, en conséquence, être exécuté ?

Nous avons répondu affirmativement, et que cette déclaration, qui s'y trouvait, qu'il ne devrait être exécuté,

que si le testateur n'en faisait pas un autre, devait être interprétée suivant le Droit commun, eu égard à la nature révocable de tout acte testamentaire, en ce sens que le testateur s'était réservé seulement la faculté de le révoquer, *si je n'en fais pas un autre*, c'est-à-dire, *si je ne le révoque pas*. — Or, il ne l'avait pas révoqué !

Nous ajoutons encore ici que c'est là, d'ailleurs, une question d'interprétation, sur laquelle les circonstances particulières du fait peuvent exercer une grande influence.

Mais, précisément, les circonstances du fait, que nous rappelons, étaient telles qu'elles ne rendaient, en aucune manière, vraisemblable la pensée d'une révocation dans l'esprit du testateur.

II.

De la révocation tacite des testaments.

SOMMAIRE.

165. — A la différence de la révocation expresse, qui est faite directement, *verbis,* la révocation tacite est celle qui s'opère indirectement, *re, facto.*

D'après les textes de notre Code, la révocation tacite d'un testament peut résulter de deux causes :

1° D'un testament postérieur, qui contient des dispositions nouvelles;

2° De l'aliénation, que le testateur fait de la chose léguée;

3° Nous verrons s'il ne faut pas encore reconnaître d'autres causes de révocation tacite.

166. — 1° L'article 1036 est ainsi conçu :

« Les testaments postérieurs, qui ne révoqueront pas, « d'une manière expresse, les précédents, n'annuleront, « dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues, « qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou « qui seront contraires. »

La révocation d'un premier testament ne peut donc pas s'induire de cela seul que le testateur a fait un second testament.

La règle romaine : *Posteriore testamento superius rumpitur,* n'était que la conséquence de cette autre règle, tout à fait étrangère à nos mœurs et à nos lois, que nul ne pouvait mourir *partim testatus, partim intestatus.* (Instit. *Quib. mod. testam. infirm.*)

Aussi, ne s'appliquait-elle pas aux codicilles, qui ne faisaient pas et ne pouvaient pas faire un successeur *in universum jus.*

Et comme, dans notre ancien droit coutumier, les testaments n'étaient autre chose que des codicilles, rien ne s'opposait à ce que le testateur en laissât plusieurs. (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 11.)

Tel est aussi notre Droit nouveau.

167. — Lors donc que le défunt a laissé plusieurs testaments, dont les uns ne révoquent pas expressément les autres, ces divers testaments, si nombreux qu'ils soient, doivent tous recevoir leur exécution, à moins que les derniers ne révoquent tacitement les premiers.

Dans ce cas, ce sont les derniers qui l'emportent, puisque le testament est essentiellement l'expression de la dernière volonté du testateur : *Voluntas posterior potior haberi debet.* (L. 90, ff. *de Condit. et Demonstr.*).

168. — Mais comment pourra-t-on reconnaître que les

dispositions du dernier testament révoquent tacitement celles du premier?

Tel est le problème à résoudre.

La solution qu'y donne l'article 1036, c'est que les dispositions précédentes ne doivent être considérées comme révoquées tacitement, qu'autant qu'elles se trouvent incompatibles avec les nouvelles ou qu'elles y sont contraires.

Incompatibles ou *contraires;* deux mots, que Furgole avait employés (chap. XI, nos 111 et 122), et qui ont certainement pour but d'exprimer la même condition, à savoir : qu'il faut que les dispositions précédentes et les dispositions nouvelles soient *inconciliables*.

Les rédacteurs de l'article 1036, en reproduisant l'un et l'autre, n'ont-ils commis qu'une redondance? ou bien ont-ils entendu les appliquer distributivement à deux hypothèses différentes? on a entrepris d'en fournir, en effet, plusieurs explications; et, notamment, on a dit que l'*incompatibilité* supposait deux dispositions faites successivement au profit de la même personne, comme si, après avoir légué la propriété de sa maison à Paul, le testateur lui en lègue l'usufruit; tandis que la *contrariété* devait s'entendre de deux dispositions faites successivement au profit de deux personnes différentes, comme si, après avoir légué ma maison à Paul, je la lègue ensuite à Pierre.

Mais cette espèce d'analyse grammaticale est peut-être plus ingénieuse, si ce n'est plus subtile, que véritablement juste.

Est-ce qu'en effet, les dispositions qui sont *incompatibles* entre elles, ne sont pas aussi *contraires* les unes aux autres? et peut-on bien concevoir des dispositions *contraires*, qui ne soient pas *incompatibles?*

169. — Ce qui est plus sérieux, c'est la question de savoir de quelle manière doivent être entendues ces deux expressions.

Faut-il que l'incompatibilité ou la contrariété soit *matérielle?*

Ou suffit-il qu'elle soit *intentionnelle?*

En d'autres termes la révocation tacite ne peut-elle résulter que d'une impossibilité physique à l'exécution simultanée des dispositions précédentes et des dispositions nouvelles?

Ou peut-elle aussi s'induire de l'intention du testateur, résultant de la comparaison des dispositions anciennes avec les nouvelles, et des circonstances du fait, alors même que l'exécution simultanée de ces dispositions ne serait pas matériellement impossible?

Un homme, par exemple, dans un premier testament, a institué Paul son légataire universel; et puis, il a fait plusieurs legs particuliers : à Pierre, 2000 fr.; à Joseph, 4000; à Jules, 6000; à Jacques, 10 000.

Ensuite, dix ans plus tard, il fait un second testament, qu'il intitule ainsi : *Ceci est mon testament;* il y institue de nouveau Paul son légataire universel; et il fait plusieurs legs particuliers : à Joseph, 2000 fr.; à Jules, 6000; à Jacques, 20 000.

Rien de plus; et aucune mention de son premier testament.

On voit en quoi diffère le second du premier.

Paul est institué légataire universel dans l'un comme dans l'autre.

Mais un legs particulier, fait par le premier, à savoir : le legs de 2000 fr, à Pierre, ne se trouve pas dans le second.

Et les autres legs particuliers, faits par le premier testament qui se retrouvent dans le second sont soit inférieurs, soit égaux, soit supérieurs : le legs de 4000 fr. fait à Joseph par le premier testament, est de 2000 dans le second; le legs fait à Jules est de 6000 fr. dans le second comme dans le premier; et le legs fait à Jacques, qui était de 10 000 fr. dans le premier, est de 20 000 dans le second.

Maintenant, voici les prétentions qui s'élèvent, lors du décès du testateur :

Pierre réclame le legs de 2000 fr., qui lui a été fait par le premier testament.

Joseph réclame le legs de 4000 fr., qui lui a été fait par le premier testament, et le legs de 2000, qui lui a été fait par le second ; en tout : 6000.

Jules réclame aussi, tout ensemble, et le legs de 6000 fr, en vertu du premier testament, et le legs de 6000 en vertu du second; en tout : 12 000.

Enfin, c'est à un total de 30 000 fr. que s'élève la demande de Jacques, qui réclame aussi deux legs : l'un de 10 000 fr., en vertu du premier; l'autre, de 20 000 fr., en vertu du second testament.

Un point de fait est certain, dans cette hypothèse, que nous choisissons parmi celles qui ont été décidées par la jurisprudence, c'est qu'il n'y a pas d'incompatibilité ni de contrariété *matérielle,* qui s'oppose à l'exécution simultanée des legs contenus dans le testament antérieur et dans le testament postérieur.

Cela suffit-il, pour que l'on doive nécessairement décider qu'il n'y a pas révocation tacite des dispositions précédentes par les dispositions nouvelles ?

L'affirmative est soutenue par un parti considérable dans la doctrine :

1° Le législateur de 1804, dit-on, a eu précisément pour but, dans l'article 1036, de proscrire les simples présomptions morales de révocation, qu'admettait l'ancienne jurisprudence, et qui ouvraient carrière aux interprétations les plus conjecturales et les plus hasardées! il a donc voulu n'admettre que des présomptions *certaines et infaillibles;* ce sont les termes mêmes de M. Favard, dans son discours au Corps législatif (Locré, *Législat., civ.*).

Or, cette *certitude* ne peut résulter que de l'incompatibilité matérielle, qui s'oppose absolument à l'exécution

simultanée des dispositions anciennes et des dispositions nouvelles.

2° En vain, on objecte que l'incompatibilité peut être aussi intentionnelle et résulter de la volonté présumée du testateur !

C'est là une pétition de principe, qui ne tend à rien moins qu'à fausser complétement la règle nouvelle que le Code a posée.

Ce que le Code exige, en effet, c'est que la preuve de l'intention de révoquer résulte de l'incompatibilité des dispositions anciennes et des dispositions nouvelles !

Et ce que cette objection prétend, au contraire, c'est que la preuve de l'incompatibilité des dispositions peut résulter de l'intention présumée de tout révoquer !

C'est-à-dire que l'on renverse tout à fait la règle, et qu'au lieu de déduire l'intention de révoquer de l'incompatibilité des dispositions, c'est l'incompatibilité des dispositions, que l'on déduit de l'intention présumée de révoquer !

Et cette intention, on laisse aux juges du fait le pouvoir le plus discrétionnaire de la présumer, d'après les circonstances! d'où il suivrait que le Droit nouveau admettrait encore les simples présomptions morales de révocation !

3° Eh bien ! voilà ce que les auteurs de l'article 1036 ont voulu empêcher; et c'est très-justement qu'ils ont proscrit ce système arbitraire, et qui soulève des objections si graves dans son application à la révocation des testaments.

Est-ce que, en effet, la présomption de révocation, même la plus vraisemblable, n'est pas toujours combattue et neutralisée par cette autre présomption, que le testateur, qui pouvait révoquer en termes exprès, son premier testament, ou le supprimer, n'a fait ni l'un ni l'autre, et l'a laissé, au contraire, subsister intact et en bonne forme?

De ces arguments donc cette doctrine conclut :

D'une part, que c'est, sans doute, aux juges du fait. qu'il appartient de décider si l'incompatibilité matérielle existe entre les dispositions anciennes et les dispositions nouvelles, et que, de ce chef, leur décision ne peut pas être déférée à la Cour de cassation;

Mais d'autre part, qu'il ne saurait leur appartenir de décider que la révocation tacite peut résulter de l'incompatibilité intentionnelle, et qu'une décision fondée sur une telle interprétation de l'article 1036 devrait être cassée. (Comp. Nîmes, 7 fév. 1809, Sauvet, Sirey, 1809, II, 255; Grenoble, 14 juin 1810, Martin, Sirey, 1811, II, 20; Cass, 5 mai 1824, Séguy, Sirey, 1824, I, 187; Grenoble, 22 juin 1827, Lamazelière, Roux, Sirey, 1828, II, 188; Riom, 8 nov. 1830, de Bertrand, Dev., 1833, II, 494; Paris, 18 juill. 1831, de Verdonnet, Dev., 1831, II, 306; Rennes, 3 mai 1833, de la Houssaie, Dev., 1834, II, 597; Merlin *Répert.*, v° *Révocat. de legs*, § 2, *Addit.*, p. 530; Grenier, t. III, n° 343; Toullier, t. III, n°s 640 et 646; Favard, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. III, § 1, n° 10; Vazeille, art. 1036, n°s 5, 6; Coin-Delisle, art. 1036, n° 6; *voy.* aussi les conclusions de M. l'avocat général Réquier, devant la Cour d'Agen, le 7 mai 1850, Dev., 1850, II 245, 246; et les *Observations* de Devilleneuve, *h. l.*)

170. — Mais cette argumentation n'a pas réussi; la jurisprudence paraît même désormais formée en ce sens que la révocation tacite peut résulter non-seulement de l'incompatibilité matérielle, mais encore de l'incompatibilité intentionnelle entre les dispositions anciennes et les dispositions nouvelles.

Et nous croyons que cette jurisprudence est conforme aux textes de notre Code et aux principes :

1° Il est d'abord une proposition, qui ne saurait être contestée; c'est que l'intention du testateur de révoquer les anciennes dispositions par les nouvelles, peut se révéler d'une manière très-claire, lors même qu'il n'existe

pas, entre les unes et les autres, une impossibilité matérielle d'exécution simultanée.

Or, s'il en est ainsi, comment admettre que le législateur ait voulu imposer aux magistrats l'obligation de maintenir, toujours et quand même! des dispositions, dont la révocation apparaît comme certaine à leur raison et à leur conscience !

Notons bien qu'il ne s'agit pas d'une question de forme ni de solennité instrumentaire; la question de révocation, c'est une question de volonté, dont l'appréciation, par la force même des choses, tombe dans le domaine de l'interprétation.

Oh ! sans doute, le législateur a pu tracer une voie, que cette interprétation devra suivre; et voilà comment l'article 1036, en effet, décide que c'est dans l'incompatibilité des dispositions, que l'on devra chercher la preuve de l'intention de révoquer.

Mais, dans ce cercle, l'interprétation est souveraine ; et c'est à elle qu'il appartient d'apprécier les diverses circonstances, soit matérielles, soit intentionnelles, de cette incompatibilité, que le législateur n'a pas définies, et qu'il ne pouvait pas définir.

2° On se récrie que les présomptions morales, si graves qu'elles soient, ne sont jamais décisives, et que le législatenr a dû vouloir cette preuve positive, que l'incompatibilité matérielle peut seule fournir.

Nous répondons que les dispositions nouvelles peuvent être telles, qu'il apparaisse certainement que le testateur les a considérées comme incompatibles avec les anciennes; et dans ce cas, nous n'admettons pas que l'on dise que la révocation ne résulte que d'une simple *présomption morale;* elle résulte, au contraire, de faits matériels, c'est-à-dire du caractère et de l'ensemble des dispositions elles-mêmes.

Mais il y a plus; c'est que la doctrine d'après laquelle on ne devrait voir la révocation tacite que dans une in-

compatibilité matérielle, qui ferait absolument obstacle à l'exécution simultanée des dispositions anciennes et des dispositions nouvelles, c'est, disons-nous, que cette doctrine réduirait l'article 1036 à un si petit nombre d'applications, qu'elle aboutirait presque à l'abroger!

Qui ne voit, en effet, combien serait rare cette incompatibilité matérielle, que l'on exige! A l'exception d'un petit nombre d'hypothèses, comme celle, par exemple, où, après avoir légué à une personne la propriété d'un bien, je lui en léguerais ensuite l'usufruit, il n'y aura presque jamais une impossibilité légale d'exécuter, en même temps, les dispositions anciennes et les dispositions nouvelles; et on pourrait, au contraire, le plus souvent, les exécuter simultanément : soit en les cumulant, si elles avaient été faites au profit du même légataire; soit en les partageant entre les deux légataires, au profit desquels elles auraient été faites, partage, en effet, qui serait toujours légalement possible, quels que fussent les legs, universel, ou à titre universel, ou à titre particulier, qui auraient été faits par le premier ou par le second testament.

Concluons donc que c'est l'intention du testateur qu'il faut, avant tout rechercher, afin de savoir si les dispositions nouvelles ont été, dans sa pensée, incompatibles avec les anciennes. (Comp. Cass., 22 juillet 1868, Carles, Dev., 1869, I, 115.)

Et si l'on reconnaît qu'il a considéré son dernier testament comme devant être, en effet, l'expression dernière, *unique et complète,* de ses volontés, il faudra déclarer l'incompatibilité des dernières avec les premières.

C'est ainsi que le legs, porté par le premier testament, et non reproduit dans le second, pourra être considéré comme révoqué tacitement. (Comp. *infra*, n° 201.)

De même que les legs, portés dans le premier testament et reproduits dans le second, pourront n'être dus qu'une fois, pour la quotité déterminée par le dernier testament. (Comp. Cass., 22 juin 1831, Mouillard, Dev., 1831,

I, 253; Cass., 29 mai 1832, Bragade, Dev., 1832, I, 436; Cass., 8 juill. 1835, de la Jonquière, Dev., 1835, I, 7 *bis*; Cass., 30 mars 1841, Esponet, Dev., 1841, I, 406; Agen, 7 mai 1850, Duvigneau, Dev., 1850, II, 241; Cass., 10 mars 1851, Miquel, Dev., 1851, I, 351; Cass., 27 avril 1852, de Coin, Dev., 1852, I, 450; Limoges, 12 juin 1852, Dubois, Dev., 1852, II, 581; Grenoble, 17 mars 1853, Périer, Dev., 1854, II, 129; Toulouse, 13 nov. 1863, Baric, Dev., 1864, II, 48; et *J. du P.*, 1864, p. 593; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 343, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 187; Marcadé, art. 1036, et *Revue critique*, t. I, p. 453 et suiv.; Colmet de Santerre, *loc. supra cit.*; remarquons aussi que l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1824 précité, que la doctrine contraire invoque, ne lui prête aucun appui; car il a été rendu dans une hypothèse, qui n'est nullement celle qui nous occupe.)

171. — On peut, toutefois, reconnaître entre l'incompatibilité matérielle et l'incompatibilité intentionnelle une différence :

C'est que, dans le premier cas, la révocation tacite est évidente et nécessaire; on ne concevrait guère, en effet, qu'elle fût méconnue par les juges du fait; et s'il arrivait qu'elle le fût, nous croyons que leur décision devrait être cassée, pour violation de l'article 1036;

Tandis que l'incompatibilité intentionnelle soulève toujours une question de volonté, dont l'appréciation est dans le domaine souverain des juges du fait. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*; Cass., 13 déc. 1869, Despons de Paul, Dev., 1870, I, 160; Cass., 5 avril 1870, de Pointeville, Dev., 1870, I, 251; *Revue pratique de droit français*, 1872, II, XXXIV, p. 34 et suiv. Dissertation de M. le président Bazot.)

172. — Cette conclusion prouve assez qu'on ne saurait poser des règles absolues sur ce sujet, où l'empire du fait prédomine.

Toutefois, il peut être utile d'indiquer, du moins à

grands traits, les présomptions, qui doivent, en général, diriger les juges dans cet examen; présomptions simples, bien entendu, et dont l'application demeure subordonnée aux circonstances particulières, qui peuvent les modifier.

Cette thèse de la révocation tacite pour cause d'incompatibilité des dispositions anciennes et des dispositions nouvelles, peut se présenter dans deux hypothèses :

I. — Lorsque les dispositions ont été faites successivement au profit de deux légataires différents; il s'agit alors de savoir si ces deux légataires sont conjoints, ou si l'un exclut l'autre;

II. — Lorsque les dispositions ont été faites successivement au profit du même légataire; il s'agit alors de savoir si les dispositions des deux testaments doivent être cumulées; ou si la première a été modifiée, augmentée ou diminuée par la seconde.

173. — I. — La première hypothèse peut elle-même offrir trois combinaisons principales, que nous allons exposer :

a. — Le premier testament renferme un legs universel.

Vient ensuite un second testament, qui renferme : soit un legs universel; soit un legs à titre universel; soit un legs à titre particulier.

Et d'abord, le legs universel contenu dans le premier testament, est-il révoqué par le legs universel contenu dans le second testament?

L'affirmative sera évidente, s'il résulte des termes du second testament que le testateur, en effet, a entendu laisser au second légataire universel la totalité de ses biens, à l'exclusion du premier; comme s'il a dit :.... *qu'il l'institue pour son seul héritier; — qu'il lui donne tout ce dont il lui est permis de disposer; — qu'il lui laisse tous ses biens, meubles et immeubles...* » (Comp. Cass., 1er sept. 1812, Samson, Sirey, 1813, I, 133; Bordeaux, 28 avril 1830, Devols, D., 1830, II, 192.)

Mais la question, au contraire, peut être douteuse,

lorsque le second testament renferme simplement un nouveau legs universel.

Et plusieurs jurisconsultes enseignent, en effet, dans ce cas, que les deux legs universels doivent concourir. (Arg. de l'article 1003; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de legs*, § 2; Toullier, t. III, n° 646; Poujol, art. 1036, n° 5; Coin-Delisle, art 1036, n° 5; Troplong, t. IV, n° 2078; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4205; Saintespès-Lescot, t. V. n° 1620.)

Mais pourtant, par son second testament, le testateur a légué tout entière à Paul cette même universalité, qu'il avait léguée, par son premier testament, à Pierre; or, un pareil legs n'implique-t-il pas virtuellement la volonté de l'attribuer, en effet, tout entière au second, à l'exclusion du premier?

L'article 1003 suppose, il est vrai, qu'un legs universel peut être fait au profit de plusieurs personnes. — oui! mais dans le même testament (arg. des articles 1044, 1045); car il est alors naturel de présumer que le testateur, en les appelant en même temps, les a appelés conjointement. (*Infra*, n° 184).

Dans notre espèce, au contraire, où les deux legs universels ont été faits dans deux testaments différents, c'est la présomption de révocation, qui nous paraît devoir l'emporter. (Comp. Caen, 8 mai 1866, Sorel, *Recueil des arrêts de Caen*, 1866, p. 178; Bourjon, Part. VI, *des Testam.*, chap. II, n° 6; Duranton, t. IX, n° 445; Vazeille, art. 1036, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 343, note *a*; Taulier, t. IV, p. 175; Colmet de Santerre, t. IV, n° 183 *bis*.)

174. — Quelques-uns même enseignent que c'est là une présomption légale, fondée sur l'article 1045, et que le jugement, qui la méconnaîtrait, serait sujet à cassation.

Pour expliquer rationnellement, disent-ils, la disposition de l'article 1045, on est forcé de supposer que, dans la pensée du législateur, un second legs entraîne néces-

sairement la révocation d'un legs précédent, lorsque ces deux legs, portant sur le même objet, ont été faits à des personnes différentes par des testaments distincts; il résulte, en effet, de cet article, que le législateur n'admet pas, dans ce cas, la conjonction, c'est-à-dire le droit d'accroissement; or, s'il n'admet pas la conjonction, c'est évidemment qu'il présume la révocation.

Quel serait, en effet, le résultat du système, qui repousserait simultanément et la conjonction et la présomption de révocation? c'est que le legs contenu dans le second testament ne pourrait, en aucun cas, valoir que pour la moitié de l'objet légué par le premier, et que par suite, la caducité du premier legs devrait, pour l'autre moitié, profiter aux héritiers ab intestat, que cependant le testateur a certainement voulu écarter! or, un pareil système étant inacceptable, il faut, de toute nécessité, pour ne pas prêter une inconséquence au législateur, s'arrêter à l'idée qu'il n'a rejeté la conjonction, que parce qu'il a admis la révocation (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 189, 190, comp. Duranton, t. IX, n° 443).

Mais cette thèse est, à notre avis, trop absolue. Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, reconnaissent eux-mêmes que la question de savoir si un legs universel est révoqué par un testament postérieur, qui renferme un second legs universel, est, de sa nature, une question de fait (*loc. supra*); et cela est, en effet, incontestable! aussi, ne saurions-nous croire que les rédacteurs de l'article 1045 aient eu la volonté de la trancher d'une manière absolue, et de méconnaître à ce point la nature même des choses!

Ce qui résulte donc seulement de l'article 1045, c'est que, en général, le legs d'une chose fait à une personne par un premier testament, doit être présumé révoqué par le legs de cette même chose fait à une autre personne, dans un testament postérieur; mais ce n'est là qu'une présomption simple, qui doit fléchir devant la présomption contraire, que les circonstances feraient prévaloir.

Supposez, par exemple, qu'un testateur a, par un premier testament, institué deux de ses frères, Pierre et Paul, légataires universels ; l'un deux, Pierre, meurt avant lui, laissant un fils, Joseph ; et, par un second testament, le testateur institue Joseph légataire universel. Eh bien ! nous comprenons que, dans une telle hypothèse, on reconnaisse que l'intention du testateur n'a pas été de révoquer son premier legs universel, mais seulement de remplacer le père par le fils, et d'adjoindre le neveu à son oncle, comme il avait adjoint le frère à son frère. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 343, note *a*.)

175. — Mais nous ne croyons pas que l'on doive présumer la révocation d'un legs universel par un legs à titre universel.

Il n'y faut voir, au contraire, suivant nous, le plus ordinairement, qu'une charge imposée au légataire universel, et qui laisse à son titre ce caractère d'universalité, par suite duquel la caducité de toutes les autres dispositions lui profite. (Comp. le tome IV, n° 532 ; Bayle-Mouillard, *loc. supra ;* Colmet de Santerre, t. IV, n° 183 *bis*, I).

176. — A plus forte raison, ne doit-on pas présumer que des legs particuliers portés dans le second testament, révoquent le legs universel porté dans le premier testament. (Comp. Cass., 29 mai 1832, Bragade, Dev., 1832, I, 436 ; Coin-Delisle, art. 1036, n° 8 ; *voy.* pourtant Angers, 21 mai 1821, Collinet, D. *Rec. alph., h. v.*, n° 4216).

177. — *b.* — Lorsque le premier testament renferme un legs à titre universel, le second testament peut renfermer : soit un legs universel ; soit un legs à titre universel ; soit un legs à titre particulier.

Et d'abord, le legs à titre universel est-il révoqué par le legs universel ?

Nous répondrions, en général, affirmativement par les

mêmes motifs, qui nous ont porté à répondre qu'un legs universel est révoqué par un legs universel postérieur (*supra*, n° 173).

Cette solution n'est pas, en effet, contestée, lorsque les termes du second testament, qui renferme le legs universel, sont exclusifs de l'existence de dispositions antérieures; ou encore, lorsque ces dispositions antérieures ayant épuisé, ou à peu près, toute la succession, leur maintien ne laisserait, en réalité, qu'un vain titre au légataire universel postérieur! (Comp. Caen, 26 mars 1830; et Cass., 22 juin 1831, Lecomte, D., 1831, I, 221.)

Mais, hors ces cas, la doctrine la plus accréditée paraît être que le legs universel ne doit pas être considéré comme révoquant, par lui-même, un legs à titre universel antérieur :

Le legs général, dit-on, ne révoque pas le legs spécial, soit qu'il le suive ou qu'il le précède; tel était l'avis de Mantica : « *Si speciale præcedat, minuit generate per non comprehensionem, quia de speciebus alteri legatis testator non intelligitur cogitasse ; si vero speciale subsequatur, imminuit generale per revocationem et translationem* » (*de Conject. ultim. volunt.*, lib. II, tit. XII, n° 28).

On remarque aussi que l'article 1011 témoigne qu'il n'y a pas incompatibilité entre un legs à titre universel et un legs universel. (Comp. Nîmes, 7 févr. 1809, Sauvet, Sirey, 1809, II, 255 ; Grenoble, 22 juin 1827, Roux-Lamazélière, Sirey, 1828, II, 188 ; Riom, 8 nov. 1830, de Bertrand, Dev., 1833, II, 494 ; Paris, 18 juill. 1831, de Perdonnet, D., 1831, II, 306; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de legs*, § 2, n° 2; Grenier, t. III, n° 343; Vazeille, art. 1036, n° 6; Coin-Delisle, art. 1036, n° 6; Troplong, t. IV, n° 2078; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 189.)

Qu'il n'y ait pas incompatibilité légale entre un legs à titre universel et un legs universel, cela est bien certain;

et nous avons nous-même pensé qu'un legs à titre universel, qui suit un legs universel, porté dans un premier testament, n'en opère pas la révocation (*supra*, n° 175).

Mais, dans notre hypothèse, le legs à titre universel précède le legs universel ; et c'est celui-ci qui se trouve dans le dernier testament ; or nous croyons, contrairement à l'avis de Mantica, qu'il existe une différence entre ces deux hypothèses. On comprend que le legs à titre universel soit considéré comme une simple délibation du legs universel antérieur, auquel le testateur peut être présumé avoir voulu seulement imposer cette charge ; mais cette présomption est-elle aussi vraisemblable, lorsque, au contraire, le testateur, après avoir fait un legs à titre universel, fait ensuite, sans en rien dire, un legs universel ? est-ce que ce legs universel ne comprend pas *tous les biens !* et, dès lors, n'implique-t-il pas la révocation des legs antérieurs, par lesquels une *partie* de ces biens a été léguée !

On objecte que le legs universel a pour objet non pas les biens eux-mêmes individuellement, mais l'universalité juridique.

Mais, d'abord, le legs à titre universel est une fraction de cette universalité ; et, même à envisager la question à ce point de vue théorique, on devrait dire que le legs postérieur de l'universalité tout entière a révoqué le legs antérieur d'une fraction de cette universalité.

Ce point de vue d'ailleurs n'est pas celui où il convient, suivant nous, de se placer. La révocation tacite ne résulte pas seulement d'une incompatibilité matérielle ; il y suffit d'une incompatibilité intentionnelle (*supra*, n° 169) ; et c'est précisément cette incompatibilité qui nous paraît devoir être reconnue dans l'hypothèse d'un legs universel, venant après un legs à titre universel. (Comp. *infra*, n° 181 ; Cass., 5 févr. 1839, de Bonneval, Dev., 1839, I, 684 ; Cass., 30 mars 1841, Esponet, Dev., 1841, I,

406; Delvincourt, t. II, p. 101, note 5; Duranton, t. IX, n° 447; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 343, note *a;* Colmet de Santerre, t. IV, n° 383 *bis*, I).

178. — Est-ce un second legs à titre universel, qui vient, dans le dernier testament, après le legs à titre universel porté dans le premier?

Si chacun des legs, avec la quotité à laquelle il s'applique, peut être exécuté, il serait difficile d'y voir une révocation; comme si le testateur, n'ayant pas d'héritiers à réserve, a légué, par un premier testament, à Paul, la moitié de ses biens, et par un second testament, à Pierre, aussi la moitié de ses biens.

La question sera, au contraire, délicate, si les deux legs s'appliquent à la même quotité.

Dans ce cas, de deux choses l'une :

Ou la quotité léguée se trouve la même dans les deux legs; et alors, nous croyons que, généralement, on devra considérer que le premier legs a été révoqué par le second; comme si un homme, ayant trois enfants, avait, par deux testaments successifs, légué à deux personnes différentes le quart de ses biens;

Ou, au contraire, la quotité léguée par le second testament, est moindre que celle qui a été léguée par le premier; et alors, notre avis est que le second legs ne serait qu'une délibation et une simple charge du premier; comme si, dans l'exemple, que nous venons de citer, le second legs à titre universel n'était que du huitième (comp. *supra*, n° 175).

179. — A plus forte raison, admettrions-nous cette dernière solution, dans le cas où le legs à titre universel, porté dans le premier testament, serait suivi de legs à titre particulier portés dans un second testament.

Je lègue à Paul tous mes immeubles.

Voilà le premier testament.

Et, dans le second : *je lègue à Pierre ma maison de Paris.*

Qu'y a-t-il dans ce second legs?

Une altération du legs à titre universel des immeubles?

Non pas! mais seulement une délibation de l'un des immeubles, par un legs à titre particulier, dont la caducité profiterait au legs à titre universel (comp. *supra*, n° 176).

180. — c. — Reste à examiner la troisième combinaison (*supra*, n° 173).

Cette fois, c'est un legs à titre particulier, qui se trouve dans le premier testament.

Et puis, viennent, dans le second testament : soit un legs universel; soit un legs à titre universel; soit des legs à titre particulier.

Et d'abord, le legs universel postérieur révoque-t-il le legs particulier antérieur?

Oui, a-t-on répondu : le légataire universel, institué par le second testament, doit avoir tous les biens, que le testateur a laissés (art. 1003); or, il ne les aurait pas tous, s'il était obligé d'acquitter les legs particuliers portés dans les testaments précédents; donc, ce legs universel, fait postérieurement, en implique la révocation (comp. Duranton, t. IX, n° 447; Taulier, t. IV, p. 175).

Ce raisonnement a, sans doute, une grande force; et voilà, en effet, pourquoi nous avons pensé que le legs à titre universel antérieur était révoqué par le legs universel postérieur (*supra*, n° 177).

Cette solution, toutefois, nous paraît beaucoup moins sûre, en ce qui concerne les legs à titre particulier, qui ne fractionnent pas l'universalité elle-même.

Nous croyons bien qu'on doit l'admettre aussi, lorsqu'il résulte des termes du second testament que c'est, en effet, la totalité de ses biens, que le testateur a voulu comprendre dans son legs universel; ou encore, lorsque les legs particuliers antérieurs avaient épuisé, à peu près, tout le patrimoine (*supra*, n° 177).

Mais nous ajoutons que cette hypothèse est peut-être, entre toutes les autres, l'une de celles où il serait le plus téméraire de poser une règle absolue. Le nombre ou l'importance, plus ou moins considérable, des legs particuliers antérieurs, leur caractère peut-être rémunératoire, toutes les circonstances enfin devront être examinées; et il pourra en résulter, pour les magistrats, la conviction que le testateur n'a pas entendu révoquer ses legs particuliers par son legs universel. (Comp. Grenoble, 22 juin 1827, Roux, Sirey, 1828, II, 188; Riom, 8 nov. 1830, de Bertrand, D., 1833, II, 214; Cass., 4 avril 1832, mêmes parties, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4213; Cass, 22 juin 1831, Mouillard, Dev., 1831, I, 253; Cass., 20 mai 1832, Bragade, Dev., 1832, I, 436; Cass., 8 juil. 1835, de la Jonquière, Dev., 1835, I, 741; Cass. 30 mars 1841, Espanet, Dev., 1841, I, 406; Cass, 19 juill. 1847, Carenet, Dev., 1847, I, 731; Cass., 4 juin 1867, Galangau, Dev., 1867, I, 235; Coin-Delisle, art. 1036, n° 6; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 343, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 189; Colmet de Santerre, t. IV, n° 183 *bis*, I.)

181. — C'est surtout aussi l'intention du testateur qu'il faut rechercher, dans le cas où le legs à titre particulier, porté dans le premier testament, se trouve suivi, dans le second testament, d'un legs à titre universel.

Voici le premier testament :

Je lègue à Pierre ma maison de Paris.

Et le second testament est ainsi conçu :

Je lègue à Paul tous mes immeubles.

Pierre est-il néanmoins resté légataire de la maison de Paris?

Il nous serait difficile de le croire, si aucune circonstance de fait ne révèle l'intention, que le testateur aurait eue de maintenir son legs.

Il est vrai que nous avons pensé qu'on devrait, en général, considérer qu'il n'y a pas révocation, dans le cas

où le legs à titre universel a *précédé* le legs à titre particulier (*supra*, n° 179).

Mais, dans notre hypothèse, c'est le legs à titre particulier, au contraire, qui *précède* le legs à titre universel; or, suivant nous, c'est là une différence importante (*supra*, n° 177); et notre avis est que le legs de tous les immeubles qui *suit* le legs d'un certain immeuble doit être considéré comme emportant la révocation de celui-ci (comp. Duranton, t. IX, n° 447).

182. — Enfin, supposons que ce sont des legs à titre particulier, qui se trouvent à la fois et dans le premier testament et dans le second.

Il est certain d'abord qu'il n'y a pas révocation, lorsque les legs ont pour objet des sommes d'argent, ou, plus généralement, des quantités, homogènes ou non; et cela, lors même que le patrimoine du testateur serait insuffisant pour les acquitter tous intégralement.

Le premier testament lègue 100 000 fr. à Paul;

Le second testament, 100 000 fr. à Pierre.

Et le testateur n'a jamais eu, soit à l'époque de la confection de ses testaments, soit à l'époque de son décès, que 100 000 fr.

Il n'importe! les deux legs subiront une réduction proportionelle, au marc le franc, sans égard à la différence de leurs dates; ce ne sont point là des dispositions incompatibles, mais seulement des dispositions excessives. (Art. 926, 927, 1009, 1013; comp. le t. II de ce *Traité*, n° 545; Pau, 16 févr. 1874, Bur, Dev., 1874, II, 229.)

183. — Pas de difficulté, non plus, si les legs particuliers, portés successivement dans plusieurs testaments, ont pour objet des corps certains différents.

Comment le legs, que j'ai fait d'abord à Pierre de ma *maison de Versailles*, pourrait-il être révoqué par le legs, que j'ai fait ensuite à Paul de ma *maison de Paris!*

184. — Mais voici que les deux legs, le premier et le second, ont pour objet le même corps certain.

Par mon premier testament, j'ai légué à Pierre mon jardin de Versailles.

Et par mon second testament, j'ai légué à Paul mon jardin de Versailles.

Le premier legs est-il révoqué par le second?

Tous reconnaissent qu'il y aurait révocation, si j'avais dit, dans mon second testament : *Je lègue à Paul mon jardin de Versailles, que j'avais légué à Pierre* (Inst. *de Adempt. et translat. legat.*); et cela est, en effet, d'évidence; car cette translation du legs *ab alio ad alium* constitue véritablement une révocation expresse!

Mais les opinions sont, au contraire, fort partagées dans l'hypothèse, telle que nous la proposons, où la révocation ne serait que tacite.

Beaucoup d'auteurs enseignent qu'il n'y a pas alors révocation, et que la preuve en résulte de l'article 1045 : Le jardin, disent-ils, peut très-bien appartenir, par moitié, à chacun des légataires; donc, les deux legs ne sont pas incompatibles ni contraires; et ils invoquent, en ce sens, les traditions antérieures soit du Droit romain (*L.* 33 et 34, § 10, ff. *de Legat.*, 1; *L. unic.*, § 11, Cod. *de Caduc. toll.*); soit de notre ancien Droit, et notamment l'avis de Pothier, qui exige que l'intention du testateur de révoquer le premier legs par le second, se manifeste par quelque circonstance; comme si, par exemple, il avait légué, dans son second testament, au premier légataire quelque autre chose, à la place du jardin. (*Des Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 2; et *Introduct. au tit.* XVI *de la cout. d'Orléans*, n° 127; comp. Ricard, Part. III, n° 275; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de legs,* § 11, art. 2; Toullier, t. III, n° 645; Poujol, art. 1036, n° 11; Marcadé, art. 1036; Troplong, t. IV, n° 2078; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4232; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1622.)

Mais, vraiment, est-ce que la preuve de l'incompatibilité de ces deux legs ne résulte pas du partage même,

que l'on est obligé de faire de la chose léguée, si on les maintient tous les deux?

Évidemment, suivant nous!

Qu'est-ce que le testateur a légué à Paul par son second testament? le jardin tout entier, sans réserve et sans partage.

Donc, si vous le partagez, vous n'exécutez pas la disposition telle qu'il l'a faite; donc, les deux dispositions sont incompatibles.

On se récrie que l'article 1045 admet le partage entre les deux légataires!

Oui; mais seulement lorsque les deux legs ont été faits dans le même testament; c'est la réponse, que nous avons déjà faite (*supra*, n° 173).

Or, notre hypothèse est toute différente! c'est dans un autre testament, postérieur au premier, que le testateur a disposé, de nouveau, de la même chose au profit d'une autre personne; et il nous paraît difficile d'admettre que sa pensée, qui s'est portée uniquement sur une seule personne et sur une seule chose, ait été d'établir une communauté entre deux légataires.

Nous convenons que les anciens jurisconsultes romains l'avaient admis.

Mais il faut bien reconnaître qu'ils s'étaient, en ceci, montrés d'une subtilité singulière! est-ce que, en effet, quelques-uns n'avaient pas soutenu que, si le testateur, après avoir légué un corps certain à Titius, avait ensuite légué la moitié de ce corps certain à Sempronius, le premier légataire, Titius, avait droit d'abord à la moitié, et puis à la moitié de l'autre moitié; ce qui lui donnait les trois quarts! si bien que Justinien dut abolir toutes ces divinations : « *Hujusmodi computationes quasi superfluas et contrarias voluntati testatoris omnes sapiendas esse censemus.* » (*L. 23, Cod. de Legat.*)

Peut-être, malgré la Constitution impériale, nos anciens auteurs français ont-ils encore subi l'influence de

ces *computationes!* et Ricard avoue, en effet, que l'on ne parvient ainsi que *fort grossièrement à la présomption de la volonté du testateur!* (*Loc. supra.*)

Revenons donc à la presomption naturelle; et concluons qu'en léguant, par un second testament, à un nouveau légataire, toute la chose, qu'il avait d'abord léguée à un autre, par un premier testament, le testateur a entendu révoquer le premier legs. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 101, note 5; Duranton, t. IX, n° 443; Vazeille, art. 1036, n° 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 343, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 189, 190; Colmet de Santerre, t. IV, n° 138 *bis*, I.)

185. — Si le testateur, après avoir légué, par son premier testament, un objet certain à Pierre, ne léguait ensuite à Paul, par son second testament, que la moitié de cet objet, la révocation du premier legs n'aurait lieu que pour moitié, c'est-à dire dans la mesure seulement de la contrariété des deux dispositions.

Et si, par un second testament, le testateur s'était borné à léguer à Paul un droit de passage, ou toute autre servitude, sur le fonds, qu'il avait, par son premier testament, légué à Pierre, il n'y aurait qu'une simple charge imposée au premier legs, sans aucune révocation.

186. — On a toujours considéré que la révocation de la disposition précédente n'est elle-même que conditionnelle, dans le cas où la disposition nouvelle a été faite seulement sous une condition, soit suspensive, soit même résolutoire : « *Si alii legetur sub conditione, quod alii pure datum est.* » (L. 7, ff. *de Adim. vel transfer. legat.;* comp. Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 2.)

C'est que, en effet, la révocation ne peut avoir lieu que dans la mesure de l'incompatibilité, qui la produit; or, précisément, les deux dispositions ne seront alors incompatibles qu'autant que la condition s'accomplira ou ne s'accomplira pas.

Il n'en serait autrement, que s'il résultait du testament et des circonstances, que le testateur a entendu révoquer le premier legs, à tout événement, OMNIMODO, disait Ulpien. (Comp. Caen, 25 nov. 1847, Étasse, Dev., 1848, II, 339; Toullier, t. III, n° 297; Duranton, t. IX, n° 450; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 190, 191; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1630.)

187. — A plus forte raison, n'y aurait-il aucune révocation, dans le cas où le testateur n'aurait appelé le second légataire, que pour le cas où le premier ne recueillerait pas, et à titre seulement de substitution vulgaire (art. 898; comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 75 et 113; Cass., 21 juill. 1864, Foix, *Gazette des Tribunaux* du 22 juill. 1864; Duranton, t. IX, n° 444).

188. — Nous avons toujours, dans les explications qui précédent, supposé, à l'exemple de l'article 1036, que les dispositions nouvelles, révocatoires des dispositions précédentes, se trouvent dans *un testament postérieur*.

Il est clair, d'ailleurs, que la donation de biens à venir par contrat de mariage, dite institution contractuelle, révoquerait aussi les dispositions testamentaires antérieures, quel que fût le caractère de ces dispositions universelles, à titre universel, ou même à titre particulier, à l'exception seulement de celles, dont l'article 1083 pourrait autoriser le maintien. (Comp. Cass., 16 nov. 1813, Morand, Sirey, 1814, I, 99; Cass., 19 juill. 1847, Carenet, Dev., 1847, I, 731; Cass., 25 nov. 1847, Étasse, Dev., 1848, II, 399; Besançon, 23 janv. 1867, Bouillard, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1867, p. 769; Duranton, t. IX, n° 449; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 191.)

189. — II. La seconde hypothèse, que nous avons à examiner, est celle où les dispositions anciennes et les dispositions nouvelles ont été faites successivement au profit du même légataire. (*Supra*, n° 172.)

Il s'agit alors de savoir si le testateur, comme dit Furgole (chap. XI, n° 118), a fait seulement une *répétition*

de son premier legs, ou s'il en a fait, au contraire, une *réformation*, en léguant *plus*, ou *moins*, ou *autre chose*, à la place de ce qu'il avait légué d'abord.

190. — Supposons d'abord que le legs contenu dans le premier testament est universel.

Que ce legs ne soit pas révoqué par un legs universel fait encore au profit du même légataire, dans le second testament, est-ce la peine de le dire? il y a là *confirmation* et non pas *réformation*.

Mais le legs universel serait-il révoqué soit par un legs à titre universel, soit par un legs à titre particulier, fait au profit du même légataire?

Par un legs à titre universel? oui; car, il serait difficile de comprendre comment le testateur aurait continué de vouloir léguer le tout à celui auquel il n'a légué, en dernier lieu, qu'une fraction!

Ce motif semblerait s'appliquer aussi au cas où un legs particulier a été fait postérieurement au legs universel; et nous croyons, en effet, que la présomption de révocation devrait alors généralement prévaloir; il ne serait pas, toutefois, impossible que l'on décidât autrement, comme si le legs universel avait été fait au profit de plusieurs personnes, à l'une desquelles le testateur aurait fait, en outre, un legs particulier, ou à des exécuteurs testamentaires, auxquels le testateur aurait voulu assurer, à tout événement, un legs, après l'acquittement de tous les autres legs, dont il les a chargés. Peut-être même pourrait-on reconnaître qu'il a voulu laisser à son légataire le choix entre l'un ou l'autre legs. (Comp. Turin, 24 mars 1806, Belli, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4210; Paris, 25 juin 1825, Dupriez, D., 1825, II, 227; Cass., 29 mai 1832, Bragade, D., 1832, I, 219; Coin-Delisle, art. 1036, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 343, note *a*.)

191. — Est-ce un legs à titre universel, qui se trouve, au profit de la même personne, dans deux testaments successifs?

Si la quotité ou la fraction léguée est la même, la *répétition* ne paraîtra guère douteuse.

Mais c'est, au contraire, la *réformation* qui devrait, à notre avis, être présumée, si la fraction nouvelle est supérieure ou inférieure à la précédente ; comme si, après avoir légué à Paul la moitié de mes biens, je lui lègue ensuite les deux tiers ou le quart de mes biens. (Comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 183 *bis*, II.)

192. — Après avoir légué tous mes meubles à Paul, je lui lègue ensuite, par un second testament, tous mes immeubles, ou *vice versa*.

Le premier legs est-il révoqué?

Il faut convenir que la présomption de révocation n'apparaît pas alors avec autant de vraisemblance; car, les deux dispositions n'ont pas le même objet; chacune d'elles a, au contraire, un objet distinct : la première, les meubles; la seconde, les immeubles.

C'est donc surtout dans les termes de l'acte, dans les autres dispositions qu'il peut contenir, et dans toutes les circonstances du fait, qu'il faudra rechercher l'intention du testateur. (Comp. Cass., 13 déc. 1869, Despons de Paul, Dev., 1870, I, 160.)

193. —Enfin, supposons que c'est un legs à titre particulier, qui se trouve, au profit de la même personne, et dans le premier et dans le second testament.

Si l'un et l'autre legs portent sur la même chose, il n'y aura pas de difficulté!

C'est ainsi que la révocation sera évidente, *parte in qua*, lorsque le testateur, après avoir légué la propriété de sa maison à Paul, lui en aura légué ensuite l'usufruit ;

Ou, si après lui avoir légué toute sa maison, il lui en lègue la moitié ;

Ou même, si après avoir légué à son débiteur ce qu'il doit, il déclare, par son second testament, lui en léguer les intérêts (comp. L. 28, § 5, ff. *de Liberat. legat.*).

194. — L'incompatibilité des deux legs, et, par suite,

la révocation du premier par le second, ne sera pas moins certaine, lorsque le testateur aura légué sous condition, par le second testament, la chose qu'il avait léguée purement et simplement par le premier, ou *vice versa*. (L. 6, *princ*. ff. *de Adim. vel. transfer. legat.*; comp. Duranton, t. IX, n° 452.)

195. — C'est ainsi que la charge de rendre ou la substitution, imposée par un second testament au legs fait purement et simplement par un premier testament, devra être, en général, considérée comme entraînant la révocation du premier legs, malgré la nullité du second. (Art. 896, 1036, 1037; comp. *infra*, n° 206; le tome I de ce *Traité*, n° 192; Poitiers, 6 mars 1847, Caldelar, Dev., 1847, II, 353; Cass., 25 juill. 1849, Hérisson, Dev., 1849, I, 673; et *Consultation* de M. Duvergier, *h. l.*; Cass., 5 juill. 1858, Porte, Dev., 1858, I, 577; Paris, 25 mars 1859, Théault, Dev., 1859, II, 499.)

Nous disons que la charge de rendre ou substitution devra être généralement considérée comme une révocation du premier legs, quoique la doctrine contraire paraisse résulter d'un Décret rendu, après avis du conseil d'État, le 31 octobre 1810. (Recueil de Duvergier, t. VIII, p. 131.)

Et néanmoins, en cette matière où la volonté du testateur prédomine, et fait, très-justement sans doute! la loi souveraine du testament, il se pourrait qu'il résultât des termes par lui employés, ainsi que des circonstances du fait, que la substitution, portée dans le second testament, n'emporte pas la révocation du premier. (Comp. Rouen, 26 juill. 1864, Alleaume, Rec. de Caen et de Rouen, t. XVIII, p. 278; Caen, 1re chambre, 15 janv. 1865, Dubosq; Voy. toutefois *supra* n° 158 *bis*.)

196. — Mais des doutes peuvent souvent s'élever, lorsque les legs à titre particulier, faits successivement au profit de la même personne, dans plusieurs testaments, ont pour objet soit des sommes d'argent ou des quantités, soit des corps certains différents.

Il n'y aura pas, même dans ce cas, de difficulté, s'il résulte des termes des testaments et des circonstances du fait, que le testateur a entendu substituer l'une des choses à l'autre; comme, par exemple, si, après avoir légué une chose, il déclare, dans son second testament, en léguer une autre, à la place de celle-là : *res pro re;* ou léguer une somme, à la place d'un fonds précédemment légué : .... « *Item si pro fundo decem legentur....* » (L. 6, ff. *de Adim. vel transfer. legat.*; comp. Bourges, 15 mars 1847, Mardelle, Dev., 1847, II, 140.)

197. — Mais supposons que le second testament ne fournit aucune explication du second legs.

J'ai légué à Paul, par un premier testament, 50 000 fr. ou une rente viagère de 2000 fr.

Et par un second testament, je lui lègue 40 000 ou 60 000 fr., ou une rente viagère de 1000 ou de 3000 fr.

Ou, par un premier testament, je lui ai légué ma maison.

Et, par un second testament, je lui lègue 50 000 fr. ou *vice versa.*

Eh bien ! alors, nous pensons que, en général, les deux legs seront dus cumulativement :

Ce légataire, en effet, a deux titres également réguliers : « *cum petitor duas scripturas ostendit,* » disait Paul. (L. 12, ff. *de Probat.*)

Et il peut en réclamer, à la fois, l'exécution, à moins que l'on ne prouve, contre lui, que le second a révoqué le premier.

Or, il n'y a ici rien de pareil; les deux dispositions sont différentes, il est vrai; mais elles ne sont pas incompatibles ni contraires; et cette distinction, qui résulte de la nature des choses, a été faite certainement par le législateur de notre Code; car, le projet de la commission du gouvernement (art. 125) portait d'abord que les testaments postérieurs révoquent les précédents, dans celles des dispositions y contenues, qui sont incompatibles

avec les nouvelles, ou qui sont contraires ou *absolument différentes* (Fenet, t. II, p. 294);

Or, ces derniers mots ont été supprimés;

Donc, le seul fait de la différence des dispositions nouvelles avec les dispositions précédentes, n'emporte pas la révocation de celles-ci. (Comp. Grenoble, 14 juin 1810, Philippine Martin, Sirey, 1811, II, 20; Grenoble, 22 juin 1827, Roux-Lamozelière, Sirey, 1828, II, 188; Riom, 8 nov. 1830, de Bertrand, Dev., 1833, II, 214; Bordeaux, 26 janv. 1842, Anne-Testard, Dev., 1842, II, 93; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VII, sect. I, art. 2; Merlin, *Répert.* v° *Legs*, sect. IV, § 3, n° 22; et v° *Révocat. de legs*, § 2, n° 1; Delvincourt, t. II, p. 91, note 1; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 343, note *a*; Coin-Delisle, art. 1036. n° 8; Troplong, t. IV, n° 2072; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 188; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1615; *voy.* pourtant Colmet de Santerre, t. IV, n° 183 *bis*, II.)

198. — Rappelons, toutefois, que la solution, qui précède, n'a rien d'absolu, et qu'il appartiendrait aux juges de décider, suivant les circonstances, qu'il existe entre les dispositions anciennes et les dispositions nouvelles, quoique différentes seulement en apparence, une contrariété intentionnelle, d'où ils pourraient induire la révocation. (*Supra*, n° 170 et *infra*, n°s 219 et 220.)

199. — Il est même une circonstance particulière, qui devra souvent modifier la solution générale, que nous venons de proposer. (*Supra*, n° 197.)

Nous voulons parler du cas où les deux legs auront été faits *ob unam et eamdem causam;* car l'*unité de la cause* devra le plus ordinairement faire présumer l'*unité du legs*.

J'ai, par un premier testament, légué à Paul, mon domestique, une rente viagère de 500 francs, *pour le récompenser de ses services.*

Et dans un second testament, je lui lègue une rente viagère de 400 francs ou de 600 frans, *pour le récompende ses services.*

N'est-il pas vraisemblable que ce dernier legs est, en effet, le dernier règlement, et la rémunération complète, telle que j'ai finalement entendu la faire, de cette cause de ma libéralité?

De même si, par un premier testament, j'ai légué à ma nièce 80 000 francs *pour sa dot,* ne devra-t-on pas voir seulement une augmentation de 20 000 francs, dans le legs que je lui ferais ensuite, par un second testament, de 100 000 *pour sa dot,* et non pas un nouveau legs de 100 000, à ajouter au premier legs de 80 000 francs?

Telle était la doctrine de Bartole. (Sur la L. 66, ff. *de Legat.*, 2°.)

Et nous la croyons généralement exacte. (Comp. Grenoble, 18 mai 1831, Gayet, D., 1832, II, 124; Riom, 8 nov. 1830, de Bertrand, D., 1833, II, 214; Cass., 8 juill. 1835, de la Jonquière, Dev., 1835, I, 742; Troplong, t. IV, nos 2072, 2073; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1615.)

200. — Voilà aussi pourquoi un legs peut être considéré comme révoqué par une donation entre-vifs postérieure, au profit du même légataire, *ob unam et eamdem causam.*

J'avais fait, par mon testament, un legs de 100 000 fr. à ma nièce, *pour sa dot.*

Et, ensuite, j'ai fait à ma nièce une donation entre-vifs de 100 000 fr., dans son contrat de mariage, *pour sa dot.*

Est-ce que ma nièce pourra, après ma mort, réclamer, encore et en outre, le legs de 100 000 francs?

C'est là, sans doute, une question de fait, mais, en général, nous croirions la négative, et que, dans la pensée du disposant, la donation entre-vifs a été l'exécution du legs, et qu'elle l'a, dès lors, révoqué par cette exécution même. (Comp. Cass., 25 juin 1828, Mahuzier, Sirey, 1828, I, 267; Rouen, 31 mars 1835, Carruette, Dev., 1847, II, 335; Paris, 29 avril 1851, Grand-Dubasty, Dev., 1851; II, 367; Cass., 27 avril 1852, de Corn., Dev., 1852, I,

459; Limoges, 12 juin 1852, Dubois, Dev., 1852, II, 581; Troplong, t. IV, nos 2079-2081; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 188; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1626.)

201. — Que le seul fait de l'omission, dans un testament postérieur, d'un legs porté dans le testament précédent, ne suffise pas, en général, à en prouver la révocation, cela est certain. (Comp. Toulouse, 14 janv. 1840, Dubois, Dev., 1841, II, 60; Coin-Delisle, art. 1036, n° 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 343, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 188.)

Mais nous avons vu aussi que les termes du testament postérieur et l'ensemble de ses dispositions pourraient témoigner d'une intention contraire (*supra*, n° 170); et la circonstance que plusieurs testaments auraient été successivement faits, dans lesquels le legs aurait été toujours omis, serait à prendre en sérieuse considération.

202. — Une règle, fort importante, en cette matière, c'est que, pour savoir s'il y a révocation, il faut considérer les *dispositions* (art. 1036), c'est-à-dire la partie *dispositive* des testaments, et non pas les simples énonciations, plus ou moins réfléchies ou inexactes, que le testateur a pu y insérer.

Ces énonciations, il est vrai, peuvent fournir elles-mêmes, en cas de doute, des moyens précieux d'interprétation.

Mais elles ne sauraient avoir, par elles seules, un effet révocatoire.

Un homme a, par un premier testament, institue son neveu, fils de l'un de ses frères, son légataire universel.

Et dans un testament postérieur, il a fait un legs à l'un de ses frères *par préciput et hors part*, ou en déclarant que ce legs devra être acquitté *par ses héritiers*.

Le legs universel est révoqué! s'écrient les frères; car ces mots : *par préciput* ou *par mes héritiers*, impliquent l'existence d'une succession ab intestat.

Répondons-leur que ces mots ne *disposent* pas, et ne

sont que de simples énonciations, insuffisantes pour emporter une révocation tacite. (Comp. Riom, 23 août 1817; Augers, 21 mars 1821; Coin-Delisle, art. 1036, n° 7; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 343, note *a*.

205. — Ce serait une hypothèse singulière assurément, que celle où plusieurs testaments étant produits, qui contiendraient des dispositions incompatibles, il serait impossible de décider lequel est antérieur et lequel postérieur.

Davot nous apprend, pourtant, que cette hypothèse s'étant présentée, *la succession fut réglée ab intestat*, par un arrêt du 18 janvier 1695. (Liv. III, *Traité* IV, chap. XVIII, n° 30.)

Mais pour qu'il en fût ainsi, nous croyons, contrairement à l'avis de cet auteur, qu'il faudrait que *le concours des dates*, comme il dit, fût absolu; et il ne le serait pas, suivant nous, si les testaments, étant datés du même jour, étaient datés à des heures différentes : l'un, par exemple, à dix heures du matin, et l'autre à midi; celui-ci serait le dernier; car, si notre Code n'exige pas la date de l'heure, il ne la défend pas non plus; et nous ne voyons pas pourquoi elle ne ferait pas preuve, si elle avait été insérée dans les deux testaments. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n°s 586, 587, et le tome IV, n° 75.)

Une espèce à peu près semblable s'est récemment présentée. Un homme ayant laissé deux testaments, datés du même jour, qui portaient chacun révocation expresse des testaments antérieurs, on a décidé, non pas que ni l'un ni l'autre des testaments ne serait exécuté, mais, tout au contraire, qu'ils seraient exécutés l'un et l'autre, parce que, étant de la même date, ils ne se révoquaieut pas pas réciproquement, et qu'en fait il n'y avait pas, entre eux, d'incompatibilité. (Comp. Cass.; 5 juin 1834, Albe, Dev., 1834, I, 725; Limoges, 6 mars 1840, de Lassalle, Dev., 1840, II, 153; Agen, 7 mars 1850, Davignau, Dev., 1850, II, 247; Bayle-Mouillard sur Grenier,

t. III, n° 343, note *a;* Saintespès-Lescot, t. V, n° 1624.)

Telle est aussi la décision, qui a été rendue, plus récemment encore, par la Cour de Rouen, dans une espèce, sur laquelle mon honorable collègue, M. Carel et moi nous avions délibéré une consultation. Deux testaments de la même date contenaient, chacun, un legs universel au profit de deux légataires différents. Les deux legs ont été maintenus, et très-justement, suivant nous. (6 mars 1876, Désiré Dubois, *le Droit* du 2 avril 1876.)

204. — Aux termes de l'article 1037 :

« La révocation faite dans un testament postérieur « aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans « exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du « légataire, ou par leur refus de recueillir. »

Placé, comme il est, à la suite de l'article 1035, qui s'occupe de la révocation expresse, et de l'art. 1036, qui s'occupe de la révocation tacite, l'article 1037, est certainement applicable à l'une et à l'autre. (*Supra*, n° 158.)

Le principe, qu'il consacre, c'est que la révocation de la disposition précédente est indépendante de l'exécution ou de l'inexécution de la disposition nouvelle, et que la révocation a son effet, lors même que la disposition nouvelle n'a pas le sien.

Ne pourrait-on pas objecter pourtant que la révocation, lors même qu'elle est expresse, et surtout lorsqu'elle n'est que tacite, est seulement la conséquence de la disposition nouvelle? et que, par suite, le sort de l'une semblerait devoir être subordonné au sort de l'autre? (*Supra*, n° 155.)

Cette objection ne paraît pas, en effet, dénuée de quelque gravité; aussi, n'est-ce qu'après un certain temps de luttes, que ce principe est parvenu à se faire reconnaître; il avait toutefois fini par être admis par les jurisconsultes romains, sinon quant à l'institution d'héritier, du moins quant aux legs, et par nos anciens jurisconsultes français, qui le leur avaient emprunté. (Comp. L. 20. ff. *de*

Adim. vel transfer. legat.; L. 34, ff. *de Legat.* 1°; Furgole, chap. XI, nos 196 et 121; Ricard, Part. III, n° 280; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 2; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de testam.*, § 1, n° 3.)

Ricard l'expliquait fort bien d'ailleurs, en disant que la translation, que le testateur a faite de la chose léguée d'un premier légataire à un second, *ayant une fois servi à témoigner du changement de sa volonté, et comme il ne voulait plus persévérer dans le premier legs, il ne peut reprendre sa force que par une nouvelle volonté.* (*Loc. supra cit.*)

Or, *cette nouvelle volonté* ne résulte pas de ce fait que le second legs n'est pas exécuté;

Donc, la volonté de révoquer le premier legs demeure toujours prouvée, malgré l'inexécution du second; à moins, bien entendu, que l'intentiou de subordonner la révocation du premier à l'exécution du second ne résulte, au contraire, du testament. (Comp. Coin-Delisle, art. 1037; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4177; Liége, 14 mai 1873, Tisou, Dev., 1874, II, 115.)

205. — Ce motif prouve assez que l'application de l'article 1037 ne doit pás être restreinte aux deux cas qu'il énonce, de l'incapacité du nouveau légataire ou de son refus de recueillir. (Art. 1043.)

Ce n'est là, en effet, qu'une simple énonciation, qui n'a rien de limitatif.

Et il faut en dire autant :

Soit du prédécès du second légataire (art. 1039), soit de son indignité ou de son ingratitude. (Art. 1046-1047; comp. Bordeaux, 19 mars 1833, Mathé-Dumaine, Dev., 1833, II, 414; Cass., 13 mai 1833, mêmes parties, Dev., 1834, I, 321; et Dalloz, 1834, I, 198, *Consultation;* Furgole, *loc. supra;* Domat, *Lois civ.*, liv. II, tit. II, sect. XII, § 14; Duranton, t. IX, n° 450; Vazeille, art. 1037, n° 3; Grenier, t. III, n° 344; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Coin-Delisle, art. 1037, n° 1; Troplong, t. IV, n° 2081; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 191; Colmet de San-

terre, t. IV, nº 184 *bis*, II; Saintespès-Lescot, t. V, nºs 1628, 1629.)

206. — Nous croyons également que l'article 1037 serait applicable dans le cas où la nouvelle disposition serait entachée de nullité, fût-ce même d'une nullité absolue, comme une substitution. (Art. 896; comp. *supra*, nº195; Cass., 25 juill. 1849, Hemon, Dev., 1849, I, 673.)

Cette solution, d'ailleurs, résulte aussi de l'article 1038, d'après lequel l'aliénation de la chose léguée emporte la révocation du legs, *encore que l'aliénation postérieure soit nulle.*

C'est que, en effet, la nouvelle disposition n'en témoigne pas moins, malgré sa nullité, que le testateur n'a pas persévéré dans la disposition précédente. (Comp. les citations, *supra*, nº 205.)

206 *bis*. — Mais l'article 1037 est-il applicable, dans le cas où la seconde disposition a été faite sous condition?

Nous avons déjà répondu négativement. (*Supra*, nºs 158 et 186.)

207. — La manière même, dont nous venons de justifier notre solution (*supra*, nº 206), démontre qu'il faut, pour qu'elle puisse être admise, que la nullité de la nouvelle disposition soit intrinsèque, et qu'elle ne dérive :

Ni d'un vice de forme;

Ni d'un vice de volonté.

Dans le premier cas, en effet, il n'y aurait pas de *testament;* et, par conséquent, la volonté de révoquer ne serait pas plus prouvée, aux yeux de la loi, que la volonté nouvelle de disposer. (*Supra*, nº 139.)

Et, dans le second cas, le même vice de volonté, violence ou captation, qui ferait annuler la nouvelle disposition, ferait, du même coup, annuler la révocation, qui n'en serait que la conséquence. (*Supra*, nº 126; comp. Cass., 22 août 1836, Villereau, D., *Rec. alph., h. v.*, nº 4169.)

208. — Nous arrivons ainsi à une question délicate, à savoir : si l'article 1037 est applicable, dans les cas prévus par les articles 907 et 909.

Paul, mineur, âgé de plus de seize ans, a, par un premier testament, légué à Pierre tout ce dont il lui est permis de disposer.

Ensuite, par un second testament, il a légué tout ce dont il lui est permis de disposer à Joseph, son tuteur.

Le legs, fait à Joseph, ne peut pas recevoir son exécution; mais a-t-il révoqué le legs fait à Pierre?

Ou bien Paul, majeur, a, par un premier testament, légué sa maison à Pierre.

Ensuite, il a légué cette même maison, par un second testament, qu'il a fait, dans le cours de la maladie dont il est mort, au profit de Joseph, son médecin, qui l'a traité durant cette maladie.

Le legs fait à Joseph, médecin, qui ne peut pas être exécuté, n'en a-t-il pas moins révoqué le legs fait à Pierre?

Pour soutenir, dans l'un et l'autre cas, la négative, on peut raisonner ainsi :

L'article 1037 ne peut être applicable, qu'autant que la nouvelle disposition reste sans exécution par une cause indépendante de la volonté du testateur, et qui n'élève aucun doute sur son intention de disposer à nouveau et de révoquer.

Mais si, au contraire, la cause, pour laquelle la nouvelle disposition n'est pas exécutée, est telle, qu'elle fasse tomber la volonté du testateur tout entière, la conséquence en doit être qu'en annulant la disposition nouvelle, elle annule aussi la révocation de la disposition précédente; révocation, qui se trouve alors entachée du même vice de volonté que la nouvelle disposition ;

Or, tel est, précisément, le caractère de la nullité, qui vicie la nouvelle disposition, dans les cas prévus par les articles 907 et 909; ce que la loi présume, c'est que

celui qui dispose au profit de son tuteur, dans le premier cas, ou au profit de son médecin, dans le second cas, subit une influence destructive de sa volonté; et si le nouvel acte reste alors sans exécution, ce n'est pas seulement par *l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire*, c'est encore et principalement par *l'incapacité du testateur;*

Donc, la même cause de nullité, qui vicie la disposition nouvelle, vicie également la révocation de la disposition précédente.

C'est ce que la Cour suprême a décidé, en cassant un arrêt de la Cour de Caen, du 31 janvier 1861, pour fausse application des articles 907 et 1037, contrairement, toutefois, aux conclusions de M. l'avocat général Blanche. (11 mai 1864, Bouquet-La-Paumerie, D., 1864, I, 187; et Dev., 1864, I, 261.)

Sans nier assurément la gravité de cette argumentation, nous ne croyons pas pourtant qu'elle soit décisive et notre avis est, au contraire, que, dans les deux cas proposés, il y aurait lieu d'appliquer l'article 1037.

1° Cette difficulté n'est pas nouvelle; et elle avait excité déjà des controverses, dans notre ancien Droit. Basset (t. I, liv. V, tit. I, chap. XVII, et t. II, p. 438) rapporte deux arrêts du Parlement de Grenoble, dont l'un, du 19 janvier 1660, a jugé que *le testament nul par l'incapacité de l'héritier institué*, QUI ÉTAIT CURATEUR, *casse et révoque le premier testament;* tandis que l'autre, du 15 février 1674, a jugé qu'un second testament, *où la testatrice avait institué son chirurgien*, n'avait pas révoqué un premier testament fait vingt ans auparavant, *d'autant*, dit Ricard, *que le second était suggéré, et que la défunte n'avait point marqué de dessein de rétracter ce qu'elle avait fait* (Part. III, n° 133); et Furgole, rappelant aussi cet arrêt, écrit de même que : « si le second testament contenait institution « d'une personne, dont la qualité et la puissance font « présumer la captation ou le défaut de liberté, comme

« si un tuteur, ou autre personne de même espèce, avait « été institué, le second testament ne révoquerait pas le « premier, parce qu'il n'y aurait point de disposition « libre ni valable dans son principe. » (Chap. XI, n° 28; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de testam.*, § 1, n° 3.)

Les incertitudes de notre ancien Droit sur la vraie solution de cette difficulté, viennent peut-être de ce que le principe, qui doit servir à la résoudre, n'était pas lui-même encore bien assis. On peut voir, en effet, dans les auteurs que nous avons cités, et notamment dans Furgole, que c'était, en ce temps-là, une thèse controversée, que de savoir si l'incapacité de l'héritier institué dans le second testament empêchait la révocation du premier, ou s'il fallait distinguer entre son incapacité et son indignité; et que les principes romains sur l'institution d'héritier, mêlés et confondus avec les principes sur les legs, avaient produit, dans ce sujet, une certaine confusion. (Comp. *supra*, n° 204; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de testam.*, *loc. supra cit.*)

Il n'en est plus aujourd'hui de même; et c'est très-nettement que notre article 1037 décide que la révocation du premier testament aura tout son effet, *quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire;* ce texte est absolu; il n'y a plus à discuter le principe, qu'il consacre; qu'on le blâme ou qu'on l'approuve, il faut s'y soumettre! et il doit être, en effet, appliqué, toutes les fois que le nouvel acte reste sans exécution par *l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire;*

Or, le tuteur, dans le premier cas, et le médecin, dans le second cas, sont incapables de recevoir;

Donc, nous sommes dans les termes de l'article 1037.

2° On objecte que c'est aussi le testateur, qui est incapable de disposer, et que son testament est frappé *d'une nullité absolue, comme n'étant pas l'expression d'une volonté libre.* (Arrêt de la Cour de cassation précité.)

Mais il nous est difficile d'admettre que les articles 907 et 909 soient fondés sur cette présomption, que, en réalité, la disposition faite par le mineur au profit de son tuteur, ou par le malade au profit de son médecin ou de son confesseur, lui a été surprise par des manœuvres destructives de sa volonté; à ce point que la présomption légale doive produire les mêmes effets, que produirait la preuve acquise de ces manœuvres!

Une présomption pareille serait, suivant nous, excessive; et nous avons déjà remarqué que, en édictant les articles 907 et 909, le législateur avait eu pour but de *prévenir*, bien plutôt que de *réprimer!* (*voy.* le tome I de ce *Traité*, nos 470 et 500); c'est bien assez déjà que cette incapacité des tuteurs et des médecins empêche souvent l'exécution de libéralités, que les plus louables sentiments de reconnaissance ont pu inspirer! Il le fallait ainsi, sans doute; la pureté et l'honneur de ces situations délicates étaient à ce prix! et nous louons la sagesse du législateur, qui a voulu en éloigner les soupçons blessants; mais, du moins, faut-il garder la mesure convenable; et on la dépasserait, suivant nous, en concluant des articles 907 et 909 que la manifestation de la volonté du testateur est, en ce cas, entachée d'une *nullité absolue!*

3° Il ne s'agit là, au contraire, que d'une incapacité *relative;* oh! sans doute, cette incapacité du tuteur ou du médecin de recevoir, par cela même qu'elle est relative, produit aussi, à certains égards, l'incapacité du testateur de disposer. (*Voy.* le tome I, n° 724.)

Nous l'avons remarqué nous-même; et c'est de là que les savants arrêtistes, qui ont reproduit la décision de la Cour suprême, ont conclu, en nous faisant l'honneur de nous citer, que la doctrine consacrée par cette décision, était aussi la nôtre. (Dalloz, 1864, I, 187; Devilleneuve-Carette, 1864, I, 261; *J. du P.*, 1864, p. 846, *Observations.*)

Mais cette conséquence ne nous semble pas résulter du principe, que nous avons posé.

C'est, en effet, précisément parce que l'incapacité, dont il s'agit, n'est que relative, que ses effets nous paraissent devoir être limités aux personnes, entre lesquelles le législateur l'a établie, sans qu'on soit autorisé à les étendre à d'autres personnes; et cela, en vertu seulement des motifs de la loi, motifs divers et complexes, quelle n'a pas d'ailleurs elle-même exprimés!

N'allons donc pas au delà de son texte; et de ce que les articles 907 et 909 décident que les tuteurs et les médecins ne pourront pas profiter des dispositions faites à leur profit, ne concluons pas, en outre et au delà, que l'article 1037 soit inapplicable, et que ces dispositions ne révoquent pas les dispositions précédentes, auxquelles elles sont contraires.

Si celui au profit duquel le premier testament a été fait, soutient, que, en réalité, le second testament n'est pas l'œuvre d'une volonté libre, et que la révocation est viciée, comme la disposition nouvelle, il pourra sans doute être admis à en faire la preuve.

Mais il faudra qu'il la fasse!

4° La doctrine, que nous combattons, en dépassant le but que le législateur s'est proposé, aboutirait à faire revivre les anciennes dispositions, malgré la révocation la plus expresse, et le changement le plus certain de la volonté du testateur; l'espèce même, sur laquelle la Cour de cassation a statué, en offre un notable exemple.

Le légataire, au profit duquel le mineur avait disposé par son premier testament, demanda, en effet, à prouver que le second testament, par lequel le mineur avait ensuite disposé au profit de son tuteur (ou de la fille de son tuteur), lui avait été surpris par des manœuvres dolosives. Par un arrêt du 10 janvier 1860, la Cour de Caen l'admit à faire cette preuve; et c'est après les enquêtes, que la Cour, par un second arrêt du 31 janvier 1861,

déclara *faillie la preuve des faits admis en preuve par l'interlocutoire, et* décida *que le testament* (*de* 1858) *est l'œuvre de la volonté libre, réfléchie et persévérante du testateur.*

Ainsi, non-seulement il n'était pas prouvé, en fait, que le mineur, dans la confection de son second testament, avait subi une influence destructive de sa volonté; tout au contraire! il était prouvé que *sa volonté avait été libre, réfléchie et persévérante.*

Et c'est en présence de ces faits, constatés par la Cour impériale, que la Cour suprême a cassé son arrêt, pour violation des articles 907 et 1037.

Certes, notre question est là très-carrément décidée en droit pur!

Cette décision est-elle bien conforme à la loi?

Nous venons d'expliquer pourquoi il nous paraît permis d'en douter.

Nous ajouterons que la doctrine, qui en résulte, pourrait être jetée dans de sérieuses perplexités; supposons que le premier testament renferme un legs universel, et que, dans le second testament, se trouve une révocation expresse, et puis seulement un legs à titre universel au profit du tuteur ou du médecin. Dira-t-elle que le premier testament n'est pas révoqué? nous avons peine à le croire; mais si on admet alors la révocation, que devient cette présomption absolue de défaut de liberté, qui sert de base à cette doctrine? et ne se trouve-t-on pas entraîné à des distinctions pleines d'incertitude et d'arbitraire?

La solution contraire, qui serait, à notre avis, la plus juridique, paraît avoir été admise par un arrêt de la Cour de Toulouse (du 3 août 1857, Salguez), que nous n'avons pas trouvé dans les *Recueils*, mais dont nous avons eu connaissance. (Comp. *Revue pratique du droit français,* 1872, t. XXXIV, p. 1 et suiv. Dissertation de M. le président Bazot.)

209. — 2° Le second mode de révocation tacite con-

siste dans l'aliénation, que le testateur fait de la chose léguée. (*Supra*, n° 165.)

L'article 1038 l'exprime en ces termes :

« Toute aliénation, même celle par vente avec faculté « de rachat ou par échange, que fera le testateur de tout « ou partie de la chose léguée, emportera la révocation « du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'alié- « nation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré « dans la main du testateur. »

Il est clair, en effet, que le testateur n'a plus l'intention de transmettre, à titre de legs, après sa mort, la chose, dont il se dépouille de son vivant!

210. — Les jurisconsultes romains admettaient aussi ce mode de révocation.

Mais, s'attachant rigoureusement à cette idée que l'aliénation de la chose léguée n'est révocatoire que parce qu'elle prouve que le testateur n'a pas persévéré dans l'intention de la léguer, ils voulaient que la cause de l'aliénation fût, en effet, de nature à fournir cette preuve.

Et, en conséquence, ils autorisaient la recherche des motifs, qui avaient pu porter le testateur à faire l'aliénation, pour n'induire son intentien de révoquer que de celles des aliénations, qui paraissaient avoir eté, de sa part, tout à fait libres, et, pour ainsi dire, spontanées.

La donation de la chose léguée était toujours révocatoire, précisément parce que la donation est toujours faite *merâ voluntate*. (L. 18, ff. *de Admin. vel. transfer. légat.*)

Mais, au contraire, la vente pouvant être commandée par des circonstances indépendantes de la volonté du testateur, *propter necessitatem rei familiaris*, n'était pas nécessairement une cause de révocation; le légataire était donc admis à prouver que le testateur n'avait vendu que sous l'empire de besoins pressants, qui n'impliquaient point, de sa part, l'*animus adimendi legati ;* et il pouvait alors réclamer soit la chose elle-même, si elle était rentrée dans le patrimoine du testateur, soit la va-

leur de cette chose; sauf, d'ailleurs, à l'héritier le droit de prouver, dans tous les cas, que le testateur avait agi dans un esprit de révocation. (Comp. Inst. *de Legat.* § 12; L. 24, § 1, *de Adim. vel. transfer. legat.;* L. 11, § 12, ff. *de Legat.*, 3°; L. 28, § 1, ff. *de Cond. et demonstr.*)

211. — La doctrine romaine avait passé dans notre ancienne jurisprudence.

« Pour que le l'aliénation de la chose léguée renferme la tacite révocation du legs, disait Pothier, *il faut que le testateur l'ait faite de son plein gré, sans que rien l'obligeât de la faire.....* » (*Des Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 2; et *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans,* n° 128.)

Voilà pourquoi la vente avec faculté de rachat n'emportait point la révocation du legs; ces sortes de ventes étant le plus souvent faites par suite de besoins d'argent, *ex causâ alicujus urgentis necessitatis*, et dans l'espoir de recouvrer la chose.

Bien plus! il y avait même certaines aliénations volontaires, qui, d'après nos anciens jurisconsultes, ne paraissaient pas témoigner suffisamment de l'intention de révoquer le legs; c'est ainsi que l'on avait décidé que l'échange n'était pas un mode de révocation, et que le légataire de la chose échangée avait droit à la chose ou à la rente reçue en contre-échange. (Comp. Ricard, Part. III, n°s 268 et suiv.; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de legs,* § 2, n°s 2-4.)

212. — Il est facile de comprendre toutes les difficultés, auxquelles devait donner lieu une pareille théorie, qui faisait résulter la révocation, non pas de l'aliénation même, que le testateur avait consentie, mais des motifs et de l'intention, qui avaient pu le porter à la consentir; ces preuves réciproques, auxquelles le légataire et l'héritier étaient admis sur la recherche de cette intention, engendraient de longues et dispendieuses

contestations, pour n'aboutir le plus souvent qu'au doute!

C'est donc avec beaucoup de sagesse, que le législateur de notre Code l'a réformée, en attachant la preuve de la révocation tacite *à toute aliénation, que fera le testateur;* et, afin de marquer d'autant mieux le changement qu'il apportait à l'ancien Droit, il a pris soin de citer, comme application de la règle nouvelle, les deux exemples précisément, auxquels la règle ancienne ne s'appliquait pas; à savoir : la vente avec faculté de rachat et l'échange. (Comp. le rapport au Tribunat, par M. Jaubert, Fenet, t. XII, p. 611.)

De sorte qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des motifs et des circonstances, qui ont pu porter le testateur à aliéner; pas plus qu'on ne doit présumer, en cas d'échange, qu'il a entendu subroger à la chose léguée, la chose reçue par lui en contre-échange.

213. — Est-ce à dire, pourtant, que le principe, sur lequel cette révocation est fondée, ne soit plus aujourd'hui le même qu'autrefois?

Plusieurs juriconsultes semblent l'enseigner ainsi.

Coin-Delisle, notamment, a écrit que le Code Napoléon *a voulu coordonner ce principe avec la règle nouvelle, que le legs de la chose d'autrui est nul;.... que la révocation par aliénation de la chose léguée tient tantôt à la volonté, et tantôt au fait; et que c'est autant une caducité qu'une révocation.....* » (Art. 1038, nos 1 et 3; comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, no 345 *bis*, note *a;* D., *Rec. alph.*, *h. v.*, no 4245.)

Cette explication ne nous paraît pas exacte; et il importe, à notre avis, d'autant plus de l'écarter, qu'elle pourrait produire une confusion dangereuse des règles de la révocation avec les règles de la caducité. (Comp. *infra*, nos 221 et 238.)

Maintenons donc que, sous le Code Napoléon, de même que sous l'ancien Droit, l'aliénation de la chose léguée

n'est considérée que comme un mode de révocation, ainsi d'ailleurs que l'article 1038 lui-même le déclare; qu'elle tient toujours à *l'intention* et jamais *au fait;* et que c'est toujours, en effet, de l'intention du testateur, qu'elle procède.

Voilà pourquoi la révocation est indépendante du point de savoir si la chose léguée, après l'aliénation que le testateur en a faite, se retrouvera ensuite, par une cause quelconque, dans ses biens, lors de son décès; il suffit qu'au moment où le testateur aliénait cette chose, il ait cessé de persévérer dans l'intention de la léguer, pour que la révocation se soit dès lors accomplie.

Sous ce rapport, le Droit nouveau est toujours conforme à l'ancien Droit.

La seule différence, entre l'un et l'autre, consiste en ce que, tandis que l'ancien Droit admettait la recherche des motifs qui avaient pu porter le testateur à consentir l'aliénation, le Droit nouveau proscrit cette recherche, et induit l'intention de révoquer du fait même de l'aliénation, que le testateur a consentie.

214.—D'où nous pouvons déduire cette conséquence, que la révocation tacite, organisée par l'article 1038, résulte de toutes les aliénations, que le testateur lui-même a consenties;

De toutes celles-là, sans doute; mais aussi rien que de celles-là.

215. — La révocation tacite résulte, disons-nous, de *toute aliénation* consentie par le testateur :

A quelque titre donc que ce soit, gratuit ou onéreux, ostensible ou déguisé. (Comp. Cass., 3 août 1841, Verdat, D., 1841, I, 334.)

216. — Peu importe la forme de l'acte, authentique ou sous seing privé; pourvu seulement qu'elle fasse preuve de la volonté d'aliéner (comp. Toullier, t. III, n° 651).

217. — On reconnaît généralement que l'aliénation

faite sous une condition résolutoire emporte aussi révocation.

La condition résolutoire, en effet, n'empêche pas l'effet actuel de l'aliénation; telle est la vente avec faculté de rachat, que l'article 1038 comprend expressément dans ses termes; et il y aurait contradiction à n'y pas comprendre de même les aliénations faites sous d'autres conditions résolutoires. (Comp. Duranton, t. IX, n° 459; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 102; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n°s 185 et 185 *bis*, I.)

218. — Quant à l'aliénation faite sous une condition suspensive, les opinions sont partagées.

Quelques jurisconsultes enseignent qu'elle emporte également révocation :

1° Parce que les termes de l'article 1038 sont généraux : *toute aliénation;*

2° Parce que, s'il est vrai que l'aliénation faite sous une condition suspensive, n'a pas actuellement un effet translatif de propriété, elle n'en prouve pas moins, actuellement, l'intention du testateur de ne pas persévérer dans le legs; or, c'est de l'intention du testateur que résulte la révocation, et non pas de l'effet légal de l'aliénation, puisque l'aliénation, lors même qu'elle est nulle, est néanmoins toujours révocatoire. (Comp. Paris, 13 mai 1823, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, VII, II, 211; Delvincourt, t. II, p. 161, note 8; Duranton, t. IX, n° 459; Coin-Delisle, art. 1038, n° 4.)

La doctrine contraire est, toutefois, suivant nous, préférable :

Ce n'est pas seulement l'effet de l'aliénation, qui est incertain dans la condition suspensive; c'est aussi la volonté même d'aliéner! l'article 1038, si généraux qu'en soient les termes, ne peut être raisonnablement appliqué qu'à celles des aliénations, qui témoignent de la volonté du testateur de se départir du legs; or, la preuve de cette volonté ne résulte pas, à notre avis, d'une aliénation

sous condition suspensive; le testateur, n'ayant aliéné que sous condition, doit être, au contraire, présumé n'avoir révoqué aussi que sous condition; le legs et l'aliénation ne forment pas, en effet, deux titres, dont l'existence simultanée soit, quant à présent, incompatible; car, si la condition ne s'accomplit pas, il n'y aura jamais eu d'aliénation, ni en droit, ni en fait.

Tout au moins, faudrait-il, pour que la présomption contraire prévalût, que les termes de l'acte et les circonstances du fait établissent la volonté dès à présent arrêtée du testateur, de ne point maintenir le legs. (Comp. *supra*, n° 186; Caen, 25 nov. 1847, Etasse, Dev., 1848, II, 339; Rennes, 28 mars 1860, X..., Dev., 1860, II, 325; Cass., 15 mai 1860, Thierrée, Dev., 1860, I, 625; L. 7, ff. *de Adim. legat.;* Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 2; Toullier, t. III, n° 653; Vazeille, art. 1038, n° 7; Poujol, art. 1038, n° 7; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 192; Massé et Vergé, t. III, p. 29; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 345, note *a;* Marcadé, art. 1038, n° 1; Troplong, t. IV, n° 2099; Colmet de Santerre, t. IV, n° 185 *bis*, I; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4249; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1641.)

219. — J'ai fait un testament, par lequel je lègue ma maison à Paul.

Ensuite, j'aliène cette maison; et l'acquéreur, c'est précisément Paul, mon légataire!

Cette aliénation a-t-elle révoqué le legs?

En d'autres termes, si l'aliénation est nulle, ou si, par une cause quelconque, ma maison m'est revenue et se retrouve dans mes biens, à l'époque de ma mort, Paul pourra-t-il la réclamer, en vertu du testament?

Tel est l'intérêt de toutes les questions, en si grand nombre, que l'article 1038 soulève; et voilà, en effet, ce qu'il faut toujours supposer, pour qu'elles se présentent.

Eh bien! donc, l'aliénation de la chose léguée emporte-

t-elle révocation, quand l'acquéreur est le légataire lui-même?

L'affirmative est, à notre avis, certaine, s'il s'agit d'une aliénation à titre onéreux.

Non-seulement l'article 1038, dans la généralité de ses termes : *toute aliénation,* ne distingue pas entre la vente faite à une tierce personne et la vente faite au légataire; mais la raison essentielle de la loi est exclusive de toute distinction de ce genre; comment, en effet, supposer que le testateur, qui veut transmettre actuellement à une personne la propriété d'une chose, moyennant un prix, veuille toujours transmettre cette même chose à la même personne à titre de legs, après sa mort!

Quel que soit donc le prix, capital, rente viagère ou autre, l'aliénation à titre onéreux emportera révocation. (Comp. Angers, 19 avril 1820, Choleau, Sirey, 1821, II, 112; Caen, 4 janv. 1844, Desrivières, *J. du P.*, 1844, t. I, p. 668; Cass., 16 avril 1845, mêmes parties, Dev., 1845, I, 654; Troplong, t. IV, n° 2089; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 192; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 345, note *a*; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 650, note *a*.)

220. — Mais l'aliénation a eu lieu à titre gratuit?

Et c'est par donation entre-vifs, que j'ai voulu transmettre à Paul la chose, que je lui avais léguée par testament?

Il faut, en ce cas, faire une distinction :

La donation entre-vifs est-elle pure et simple, ou ne renferme-t-elle que les mêmes charges ou conditions, qui avaient été imposées au legs? loin d'être révocatoire, elle apparaît, au contraire, comme la confirmation, ou plutôt comme l'exécution anticipée du legs; et il est impossible que ce redoublement même de la libéralité tourne au désavantage du légataire!

Mais si la donation entre-vifs est faite sous des charges ou des conditions nouvelles, qui ne se trouvaient pas dans le testament, elle emportera révocation; car, l'intention

du testateur a été intervertie; et cette aliénation, par laquelle il a voulu se dépouiller de son vivant, sous certaines charges ou conditions déterminées, est incompatible avec le maintien du legs, qui n'était pas soumis à ces charges ou conditions.

Tel nous paraît être le principe; sauf à examiner, en fait, le caractère et l'importance des charges, qui auraient été imposées à la donation, et à n'en pas induire une révocation du legs, dans le cas où elles ne paraîtraient que secondaires, et n'impliqueraient pas, de la part du testateur un changement de volonté. (Comp. Cass., 8 mai 1808, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, II, I, 527; Cass., 6 juin 1814, Bellé, Sirey, 1814, I, 215; Cass., 25 juin 1825, Parleani, D., 1825, I, 285; Lyon, 7 févr. 1827, mêmes parties, D., 1827, II, 49; Troplong, t. IV, n° 2089; Dijon, 8 déc. 1869, Duc, Dev., 1870, I, 19; Rouen, 16 déc. 1875, Lefebvre, Dev., 1876, II, 47; M. Thomines-Desmazures, *Consultation*, Rec. de Caen, 1844, t. VIII, p. 4 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 192-194; Grenier, t. III, n° 345; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*.)

221. — L'aliénation de la chose léguée révoque d'ailleurs le legs, *encore qu'elle soit nulle* (art. 1038).

C'est que, en effet, la révocation résulte du changement de volonté, dont l'aliénation fournit toujours la preuve, lors même qu'elle est nulle (*supra*, n° 213).

De ce motif de la loi il résulte que, pour que la nullité de l'aliénation n'empêche pas la révocation, il faut :

1° Que la volonté d'aliéner ait néanmoins existé;

2° Que cette volonté soit prouvée.

Mais aussi, lorsque ces deux conditions se rencontrent, la révocation a lieu, quelle que soit la cause de la nullité de l'aliénation : soit de fond, soit de forme; qu'elle dérive de l'incapacité du testateur, ou d'un vice de son consentement, ou du caractère de la chose léguée, ou enfin de la forme de l'acte.

Notre texte, en effet, ne distingue pas.

222. — C'est une femme mariée, par exemple, qui, après avoir légué sa maison, l'a ensuite vendue sans autorisation.

Elle n'était pas capable sans doute de vendre ainsi; et la vente, qu'elle a faite, pourra être déclarée nulle.

Mais, du moins, était-elle capable de révoquer le legs, qu'elle avait fait; et la preuve qu'elle l'a révoqué, résulte certainement de la vente, malgré sa nullité.

« Comment une volonté impuissante pour transférer la propriété, pourrait-elle avoir la force de révoquer un legs? » demande notre savant collègue, M. Colmet de Santerre (t. IV, n° 185 *bis*, II).

Nous répondons qu'il ne sagit pas de l'effet translatif de propriété, qui est ici de nulle importance; la seule question est de savoir si la femme a voulu aliéner; et c'est ce qui est incontestable!

Or, si elle a voulu aliéner, elle a voulu révoquer.

Il faut en dire autant d'un mineur, âgé de plus de seize ans, qui aurait vendu lui-même la chose, qu'il avait léguée (art. 904).

Quant à l'interdit, la solution serait différente, à moins qu'il n'eût aliéné dans un intervalle lucide, et que l'on n'admît la preuve de cet intervalle. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 371, 372; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 2, 4°; Toullier, t. III, n° 650; Coin-Delisle, art. 1038, n° 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 345 *bis*, note *a;* Saintespès-Lescot, t. V, n° 1636.)

223. — La même doctrine est applicable aux vices du consentement.

L'aliénation de la chose léguée est-elle nulle, parce que le consentement du testateur lui a été extorqué par violence? le même vice, qui empêche l'aliénation, empêche aussi la révocation (art. 1112).

Mais il en serait autrement du dol, qui, très-différent de la violence, n'empêche pas que la partie, dont le consentement a été surpris, n'ait, en effet, bien et dûment

consenti ; nous exposerons plus tard cette différence (art. 1116); comp. notre *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, n° 158).

L'erreur elle-même pourrait ne pas empêcher la révocation, tout en rendant nulle l'aliénation ; comme si, dans une donation entre-vifs, l'erreur n'avait porté que sur la personne du donataire (art. 1110).

A plus forte raison, la lésion, lors même qu'elle serait une cause de nullité de l'aliénation, ne l'empêcherait-elle pas de produire la révocation. (Art. 1117, 1118; comp. Coin-Delisle; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.;* Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 311; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 386).

224. — Pareillement, la nullité de l'aliénation, procédant d'une cause inhérente à la chose, n'en saurait empêcher l'effet révocatoire.

Est-ce que, par exemple, l'inaliénabilité de l'immeuble dotal ferait obstacle à la révocation, si la femme, après l'avoir légué, le vendait?

Non, sans doute!

225. — Enfin, nous avons dit que la révocation résulterait de l'aliénation, même nulle en la forme. (*Supra*, n° 221.)

Cette proposition, qui toutefois a été plus contestée, nous paraît également certaine.

Oh! sans doute, si la nullité de forme est telle, qu'aucune preuve légale n'existe de la volonté même, que le testateur a eue d'aliéner, il ne saurait y avoir révocation; tel serait le cas où l'acte, manquant de signature, se trouverait destitué de toute force probante.

226. — Mais supposons, au contraire, que, malgré la nullité de forme, qui le vicie, l'acte prouve pourtant le fait même de l'aliénation consentie par le testateur.

C'est un acte notarié, par exemple, qui se trouve nul pour incapacité ou incompétence de l'officier public.

Ou bien l'acte de vente, sous seing privé, n'a pas été fait double, conformément à l'article 1325.

Cette nullité de forme de l'aliénation empêchera-t-elle la révocation?

Oui! a-t-on répondu; car, un tel acte n'étant pas revêtu des formes probantes, ne peut produire aucun effet; et il doit être considéré comme non avenu. (Comp. Voët, *ad Pandect.*, ff. *de Adim. vel transfer. legat.*; Troplong, t. IV, n° 2092.)

Mais cette solution est, suivant nous, contraire à la généralité de notre texte, qui fait résulter la révocation *de toute aliénation*, *encore qu'elle soit nulle*. Il est vrai que nous avons nous-même excepté le cas où la cause de la nullité de l'aliénation est telle que la volonté d'aliéner ou la preuve de cette volonté n'existent pas (*supra*, n° 221); mais ce qui nous paraît impossible, en présence de l'article 1038, c'est de ne pas admettre l'effet révocatoire d'une aliénation, dont la nullité, quelle qu'elle soit, laisse subsister cette double preuve. (Comp. Cass., 16 avril 1845, Desrivières, Dev., 1845, II, 654.)

227. — Aussi, pensons-nous que la donation entre-vifs de la chose léguée emporterait révocation :

1° Lors même qu'elle aurait été faite par un acte sous seing privé;

2° Lors même que la donation, faite par le donateur dans un acte notarié, n'aurait pas été acceptée, de son vivant, par le donataire.

A la première de ces déductions, on objecte que la donation faite par un acte sous seing privé, est non pas seulement nulle, mais non avenue (art. 1339); que les formes, en cette matière, sont exigées comme garantie de la liberté et de la sincérité du consentement; que, en l'absence des formes légales, il y a, en quelque sorte, présomption de captation; et que dès lors, l'intention de révoquer le legs n'est pas plus certaine que l'intention de gratifier le donataire. (Comp. Zachariæ, § 725; Troplong, t. IV, n° 2092; Colmet de Santerre, t. IV, n° 185 *bis;* Saintespès-Lescot, t. V, n° 1643.)

Mais les formes rigoureuses de la donation entre-vifs

sont exigées plutôt *ad solemnitatem* que *ad probationem*; et c'est, à notre avis, une exagération de prétendre que la donation, faite par un acte sous seing privé, doit être, de plein droit, considérée comme une œuvre de captation! nous croyons, au contraire, qu'elle n'en prouve pas moins, de la part du donateur, la volonté d'aliéner; et cela suffit pour qu'elle emporte révocation du legs.

Il est vrai que la révocation contenue dans un testament nul en la forme, est nulle elle-même (art. 1035, 1036; *supra*, n° 139); et, peut-être, pourrait-on s'étonner de voir que la révocation résultant d'une donation nulle en la forme, soit, au contraire, valable.

Cet argument, toutefois, ne serait pas non plus décisif; car, la différence ressort clairement du rapprochement des articles 1035 et 1036 avec l'article 1038; et elle prouve que le législateur ne s'est point placé, dans ces deux hypothèses, au même point de vue.

Dans la première, c'est le *Droit*, qui domine; la révocation étant faite alors par un testament, il faut bien que le testament soit valable.

Dans la seconde, au contraire, c'est le *fait!* et la révocation est la conséquence, non pas d'un acte juridique solennel, mais de toute *aliénation*, quelle qu'en soit la forme, et lors même qu'elle serait nulle, dès qu'elle fournit la preuve du changement de volonté. (Comp. Vazeille, art. 1038, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 345 *bis*, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 192; Marcadé, art. 1038; Devilleneuve, *Observations*, 1848, II, 337.)

228. — Des dissidences non moins vives se sont élevées sur notre seconde déduction, qui consiste à dire que la donation entre-vifs emporte révocation, lors même qu'elle n'a pas été acceptée.

On soutient que cette déduction est contraire au texte de la loi et au motif, qui l'a dictée : d'après l'article 1038, c'est seulement *l'aliénation*, qui emporte révocation; or,

ce mot implique nécessairement l'idée d'une aliénation consommée, et non pas d'un simple projet d'aliénation; et il est facile, dit-on, de comprendre que le législateur n'ait pas voulu voir une preuve suffisamment acquise du changement de volonté, tant que le testateur n'étant pas encore lié, demeurait toujours libre de se départir de son projet; or, telle est la position du donateur, tant que la donation n'a pas été acceptée par le donataire. (Art. 932; comp. Paris, 11 mai 1847, Roger, Dev., 1848, II, 337.)

Mais nous ne saurions admettre la signification, que cette doctrine attribue à ce mot : *aliénation*, dans l'article 1038. Le législateur, en effet, ne se préoccupe pas de savoir si l'aliénation a été ou n'a pas été consommée; ce qu'il considère uniquement, c'est le changement de volonté, qui se révèle par cette aliénation; qu'elle soit nulle, d'ailleurs, ou inefficace, ou même inexistante, par suite de quelque nullité radicale, il n'importe, quant à la solution du point de fait, qu'il s'agit ici d'en déduire.

Cette aliénation témoigne-t-elle que le testateur n'a pas persévéré dans l'intention de léguer? telle est la seule question; or, il nous paraît certain que la donation faite par le testateur révèle, d'une manière non équivoque, son changement de volonté; car, de sa part, la donation faite par acte notarié n'est pas un simple projet; elle est, quant à lui, l'accomplissement complet et la consommation de ce qu'il avait à faire pour aliéner à titre gratuit; et le défaut d'acceptation, qui lui est entièrement étranger, n'efface pas la manifestation antérieure de sa volonté personnelle. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 700, et le tome III, n°s 133, 134; Cass., 25 avril 1825, Parleani, D., 1825, I, 285; Lyon, 7 fév. 1827, mêmes parties, D., 1827, II, 49; Cass., 16 avril 1845, Desrivières, Dev., 1845, I, 654; Vazeille, art. 1038; Marcadé, art. 1038; Troplong, t. IV, n°s 2090, 2091; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 192; Massé et Vergé, t. III, p. 298; Devilleneuve, *Observations*, 1848, *loc. supra*.)

229. — Peu importe aussi que la chose aliénée par le testateur, soit rentrée ensuite dans sa main.

La révocation, une fois opérée, demeure, quelle que soit la manière, dont elle y est rentrée ; lors même, par exemple, que la nullité de l'aliénation aurait été prononcée sur la demande du testateur.

C'est ainsi que l'exercice, par le testateur lui-même, de la faculté de rachat, qu'il s'était réservée, ne fait pas revivre le legs.

230. — Ce n'est pas à dire pourtant que la révocation doive, toujours et nécessairement, résulter de l'aliénation, que le testateur a faite de la chose léguée.

L'article 1038 n'établit qu'une présomption de volonté ; et rien ne nous paraît s'opposer à ce que le testateur démente cette présomption, en réservant le droit éventuel du légataire.

Supposez, par exemple, que dans l'acte par lequel il a vendu, avec faculté de rachat, la chose qu'il avait léguée, il ait déclaré qu'il n'avait pas l'intention de révoquer le legs, et qu'il se proposait, au contraire, de racheter cette chose, pour la transmettre au légataire après son décès ; où serait l'obstacle à l'exécution du legs, si, en effet, la chose se retrouvait dans la succession du testateur ?

A plus forte raison, notre solution serait-elle exacte, dans le cas où la preuve de cette volonté résulterait tout à la fois du testament lui-même et de l'acte d'aliénation. (Comp. L. 15, ff. *de Adim. vel transf. legat.* ; l. 28, § 1, ff. *de Condit. et demonst.* ; Cass., 9 mars 1836, Latil, D., 1838, I, 64 ; Mantica, *de Conject. ultim. volunt.*, L. XII, t. VI, n° 16 ; Troplong, t. IV, n° 2100.)

231. — Troplong a écrit que « la disposition ayant été anéantie une fois par la volonté attachée à l'aliénation, ne peut recouvrer son existence que par une nouvelle déclaration revêtue des solennités requises par la loi. » (T. IV, n° 2093.)

Telle paraît être aussi la doctrine de MM. Aubry et

Rau (sur Zachariæ, t. VI, p. 192), et Saintespès-Lescot, t. V, n° 1637. Comp. Voët, *ad Pandect. de Adim. vel transf. legat.*, n° 6; Cass., 7 juin 1852, Vautroyen, D., 1852, I, 166.)

Cette doctrine est-elle bien sûre?

J'ai vendu, avec faculté de rachat, la maison, que j'ai léguée à Paul; et je n'ai fait, dans l'acte de vente, aucune mention du legs.

Mais j'exerce ensuite la faculté de rachat; et, dans ce nouvel acte, je déclare que je me félicite de pouvoir recouvrer ma maison, pour que le legs, que j'en ai fait à Paul, s'exécute.

Et voilà que Paul, après mon décès, réclame le legs en vertu du testament.

Mon héritier lui oppose la révocation résultant de la vente que j'ai faite.

Pourquoi donc Paul ne pourrait-il pas opposer, de son côté, à l'héritier, le nouvel acte, par lequel j'ai exercé le rachat?

Ce n'est point là un acte revêtu des formes testamentaires!

Il est vrai; aussi, n'est-ce pas, en effet, comme un testament, qu'il l'invoque; son titre n'est pas là; il est dans le testament! et ce n'est que par voie d'exception et de défense, que Paul réplique, par l'acte de rachat, à l'acte de vente, que vous lui opposez.

Ne serait-ce pas le cas de dire encore, avec Papinien : « *Non de jure testamenti quæritur, sed de viribus exceptionis...* » (L. II, § 2, ff. *de Bonor. possess. secund. tab.*; *supra*, n° 164.)

Nous le croirions ainsi.

232. — L'article 1038 n'est applicable qu'aux actes d'*aliénation*, c'est-à-dire à cette espèce d'actes seulement, qui mettent le testateur dans l'impossibilité de transmettre, après lui, la chose léguée, et qui sont, en conséquence, incompatibles avec le maintien du legs.

La révocation ne résulterait donc pas de tout autre acte, qui ne produirait pas cette incompatibilité :

Ni de la constitution d'une hypothèque ;

Ni d'une antichrèse ;

Ni même de la constitution en dot, qu'une femme aurait faite de la chose par elle léguée. (Comp. art. 1020 ; le tome IV de ce *Traité*, n° 725 ; Cass., 6 févr. 1865, Letemplier, Dev., 1865, I, 376 ; A. Dalloz, *Dict.*, v° *Révocat. de testam.*, n° 112 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 345 *bis*, note *a*.)

233. — C'est par ce motif aussi que l'aliénation n'emporte révocation que dans la mesure de l'incompatibilité, qu'elle produit avec le maintien du legs, c'est-à-dire seulement *pour ce qui a été aliéné* de la chose léguée ; de sorte que, si l'aliénation n'est que partielle, le legs subsiste pour la partie non aliénée (L. 8, ff. *de Legat.*, 1°).

A plus forte raison, subsiste-t-il, lorsque l'aliénation ne crée que de simples charges, telles que les droits de servitude, ou même d'usufruit, d'usage et d'habitation. De tels actes diminuent sans doute l'avantage du legs ; mais ils ne le révoquent pas. (Art. 1020 ; *supra*, n° 232 ; comp. Toullier, t. III, n° 652 ; Troplong, t. IV, n° 2101 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 193 ; Massé et Vergé, t. III, p. 297.)

234. — Est-il besoin d'ajouter que l'article 1038 ne concerne que le legs d'une chose déterminée dans son individualité, et qu'il est étranger aux legs, qui ont pour objet des choses déterminées seulement quant à leur espèce !

Cela est, en effet, d'évidence : *de la chose léguée*, dit notre texte (comp. art. 1021, et le tome IV, n° 680 ; Cass., 6 fév. 1865, Letemplier, *Gazette des Tribunaux* du 7 fév. 1865, Cass., 6 févr. 1865, Letemplier, Dev., 1865, I, 376) ;

A ce point que l'aliénation même, que le testateur ferait de tous ses biens présents, dans une donation entre-vifs par exemple, n'emporterait pas la révocation des

legs de sommes ou de quantités, qu'il aurait faits d'abord (comp. Limoges, 12 juin 1852, Dubois, Dev., 1852, II, 581 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 299, 300).

235. — Voilà encore pourquoi l'article 1038 ne saurait recevoir d'application, lorsque le legs est universel ou à titre universel ; car, *la chose léguée* n'est pas alors tel ou tel bien déterminé ; c'est l'universalité, en tout ou en partie, c'est-à-dire un être de raison, qui demeure toujours le même en droit, malgré les mutations qui peuvent, de fait, en augmenter ou en diminuer l'émolument, jusqu'au jour du décès du testateur. (Comp. Cass., 17 mai 1824, Albitte, Sirey, 1824, I, 314 ; Cass., 15 février 1827, Albitte, Sirey, 1827, I, 334 ; Bourges, 1er févr. 1832, Rabillon, D., 1832, II, 158 ; Colmar, 7 août 1834, Alliman, Dev., 1835, II, 223 ; Cass., 15 nov. 1841, Susini, Dev., 1842, I, 179 ; Montpellier, 20 avril 1842, Ginesta, Dev., 1842, II, 347 ; Caen, 25 juin 1843, de Bonnet, Dev., 1846, II, 301 ; Montpellier, 7 nov. 1850, Delon, Dev., 1851, II, 165 ; 1er déc. 1851, Maroval, Dev., 1852, I, 25 ; Cass., 27 mars 1855, Bonaventure, Dev., 1855, I, 702 ; Cass., 15 mai 1860, Thierrée, Dev., 1860, I, 625 ; Cass., 2 juill. 1867, Donati, Dev., 1867, I, 437 ; Merlin, *Répert.*, v° *Révocation de codic.*, § 3 ; Toullier, t. III, n° 650 ; Coin-Delisle, art. 1038, n° 6 ; Troplong, t. IV, n° 2094 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 194 ; Massé et Vergé, t. III, p. 300).

236. — Il y a, toutefois, une sorte de disposition, qui peut emporter la révocation de tout legs antérieur, quel qu'il soit ; c'est la donation de biens à venir, ou institution contractuelle (art. 1082).

Et encore, convient-il d'excepter les legs modiques qui auraient été faits dans la mesure déterminée par l'article 1083. (Comp. Cass., 16 nov. 1813, Morand, Sirey, 1814, I, 99 ; Caen, 25 vov. 1847, Etasse, Dev., 1848, II, 339 ; Duranton, t. IX, n° 449 ; Coin-Delisle, *loc. supra cit.*)

237. — Mais, d'ailleurs, l'article 1038 est applicable

au legs de toute chose déterminée, soit corporelle, soit incorporelle.

C'est ainsi que le transport, fait par le testateur, de la rente ou de la créance léguée, emporte révocation.

Il faudrait en dire autant de la réception, qu'il aurait faite du capital, surtout s'il l'avait exigée ; car, il y aurait là tout à la fois révocation du legs et destruction de la chose léguée.

On a même enseigné que la révocation résulterait de la seule demande en payement formée par le testateur contre le débiteur de la créance léguée ; car, dit-on, cette demande témoigne, aussi bien que la réception même, de son changement de volonté (*supra*, n° 221) ; et il ne serait pas juste que les retards du débiteur empêchassent l'effet de la révocation. (Comp. *Inst. de Legat.*, § 21 ; L. 7, § 4, ff. *de Liber. legat.* ; Voët, *ad Pandect.*, *de Legat. et fideicom.*, n° 23 ; Duranton, t. IX, n° 462.)

Cette solution, toutefois, nous paraîtrait trop absolue ; et il faut, à notre avis, distinguer de quelle manière la créance a été léguée : si c'est comme une créance déterminée, *nomen*, ou seulement comme une quantité (comp. *infra*, n° 340) ; dans ce dernier cas, en effet, ne se peut-il pas que le testateur n'ait demandé le payement de la créance que dans l'intérêt même du légataire, et parce que le débiteur allait devenir insolvable ?

Mais nous n'hésiterions pas à adopter la solution qui précède, si le legs de la créance avait été fait au débiteur lui-même, c'est-à-dire dans le cas d'un legs de libération ; il est clair alors, en effet, que le testateur, qui réclame le payement de son débiteur, n'entend plus lui léguer sa libération ! (Comp. Notre *Traité des Contrats ou des obligations constitutionnelles en général*, t. V, n° 721 ; Vazeille, art. 1038, n° 8 ; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1652.)

238. — Si la révocation résulte de toute aliénation faite par le testateur, du moins ne peut-elle résulter que d'une aliénation faite par le testateur (*supra*, n° 214).

D'où nous concluons que l'article 1038 est inapplicable à l'aliénation, qui procède :

Soit d'une saisie, mobilière ou immobilière, pratiquée contre le testateur par ses créanciers ;

Soit du fait de son tuteur, agissant même avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ;

Soit d'un partage ou d'une licitation (comp. le tome IV, nos 691 et suiv.) ;

Soit d'une expropriation forcée pour cause d'utilité publique.

Cette doctrine est, il est vrai, contestée ; et un parti considérable enseigne, au contraire, en se fondant sur ces mots de l'article 1038 : *toute aliénation de la chose léguée*, que le texte même s'oppose à notre distinction ; on ajoute que l'article 1038 consacre tantôt une révocation, tantôt une caducité du legs ; et, en ce qui concerne l'aliénation faite par le tuteur, *qu'on doit la regarder comme opérant aussi révocation, attendu que le tuteur, en remplissant les conditions prescrites par la loi, est censé représenter le propriétaire ; et que c'est comme si celui-ci eût aliéné en pleine capacité.* (Comp. *supra*, n° 213 ; Cass., 28 févr. 1826, Ladmirault, D., 1826, I, 177 ; Delvincourt, t. II, p. 101, note 5 ; Toullier, t. III, n° 650 ; Duranton, t. IX, nos 458-460 ; Coin-Delisle, art. 1038, n° 3 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 345 *bis*, note *a ;* D., *Rec. alph.*, *h. v.*, nos 4245-4247.)

Mais une telle interprétation nous paraît méconnaître le texte même de la loi qu'elle invoque, et son motif essentiel :

Si, en effet, l'article 1038 commence par ces mots : *toute aliénation*, il ajoute immédiatement ceux-ci : *que fera le testateur ;* et il est clair que l'aliénation n'emportant révocation que parce qu'elle est la preuve d'un changement de volonté, c'est du testateur lui-même, qu'elle

doit émaner, pour produire cet effet; car il n'y a que le testateur qui puisse révoquer le legs qu'il a fait!

Ses créanciers, qui l'exproprient malgré lui, ne le représentent point apparemment à cet effet.

Et son tuteur, quoi que l'on dise, pas davantage! ce n'est pas en matière de testament, qu'il est possible d'invoquer la maxime: *factum tutoris, factum pupilli;* le droit de tester et de révoquer étant essentiellement personnel et incommunicable!

Ces sortes d'aliénations n'emportent donc pas, à notre avis, révocation.

Et, en conséquence, si elles sont nulles, ou, lors même qu'elles seraient valables, si la chose léguée est rentrée dans le patrimoine du testateur, et s'y retrouve lors de son décès, nous concluons que rien ne s'oppose à l'exécution du legs, qui n'est, en ce cas, ni révoqué ni caduc. (Comp. Tribun. civ. de la Seine, 19 août 1828, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4248; Angers, 29 mars 1838, Chevret, Dev., 1838, II, 260; Cass., 19 août 1862, Dufour de Neuville, D., 1862, I, 321; Poujol, art. 1038, n° 5; Colmet de Santerre, t. IV, n° 185 *bis;* Troplong, t. IV, n° 2096; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 193; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1634.)

239. — Mais supposons que l'aliénation, faite par le tuteur du testateur interdit, a été valable, et que la chose aliénée ne se retrouve pas dans son patrimoine, lors de son décès.

Le légataire pourra-t-il en réclamer le prix ou la valeur contre ses héritiers?

Oui! a-t-on répondu:

Le legs n'a pas été révoqué.

Dira-t-on qu'il est caduc? ce serait aller trop loin; des mesures d'administration ne sauraient produire un effet aussi grave; elles n'atteignent pas le fond; et ce serait altérer leur caractère que d'aller jusqu'à en tirer une cause de caducité.

Le savant auteur, que nous citons, ajoute toutefois, qu'il pourrait y avoir caducité, *si l'aliénation avait eu pour cause l'obligation de payer les dettes du testateur, ou de procurer des aliments à lui ou aux siens....* » (Troplong, t. IV, n° 2096; comp. Tribunal civ. de la Seine, de Tilliers; Tribun. civ. de Versailles, 22 juill. 1859, Dufour de Neuville, Dev., 1862, I, 322; *Revue critique*, 1876, t. V., p. 291 et suiv. Article de M. l'avocat-général Lespinasse.)

Nous croyons pouvoir répondre :

Que le legs n'ait pas été *révoqué*, c'est ce que nous venons d'exprimer nous-même (*supra*, n° 238).

Mais ce que nous ne saurions admettre, c'est qu'il ne soit pas *caduc !*

Le legs est caduc, si *la chose léguée* a totalement péri pendant la vie du testateur ; tels sont les termes de l'article 1042, qui n'est que l'application du principe de droit commun, d'après lequel l'obligation, qui a pour objet un corps certain, s'éteint par la perte fortuite de ce corps (art. 1302; *infra*, n° 339).

Or, la chose léguée ne se trouvant plus dans le patrimoine du testateur à l'époque de son décès, ce n'est pas même assez de dire que l'obligation de l'héritier d'en faire la délivrance au légataire, est éteinte ; la vérité est que cette obligation n'a pas pu naître, faute d'objet !

Donc, le legs est caduc, puisque la chose léguée, au moment où elle devait être transmise du testateur au légataire, n'appartient pas à la succession. (Art. 1014, 1021.)

Cet argument nous paraît péremptoire; et il démontre, du même coup, que le légataire, qui ne peut pas réclamer la chose léguée, ne peut pas davantage en réclamer le prix ni la valeur.

Ce qui lui avait été légué, en effet, c'était une chose certaine et déterminée dans son individualité, *in specie*, et non pas une somme d'argent, ni une quantité.

Or, dans ce cas, disait Loyseau, « c'est la chose même qu'il faut bailler, non l'estimation ni autre chose quel-

conque; de sorte que comme on dit que *debitor speciei liberatur, specie perempta,* ainsi l'héritier est quitte, si la chose exprimée n'est point en nature.... « (*Traité de la Distinction des rentes,* n° 15.)

Est-ce que, par exemple, si la chose léguée avait été détruite, du vivant du testateur, par le fait illicite d'un tiers, le légataire aurait droit aux dommages-intérêts contre ce tiers, lors même qu'aucune action n'aurait encore été exercée contre lui?

Évidemment non!

Pas plus qu'il n'aurait droit au montant de l'indemnité, même encore due, à raison de l'expropriation pour cause d'utilité publique, que le testateur aurait subie.

Eh bien! pareillement, il n'aurait pas droit au prix de l'immeuble vendu par le tuteur du testateur interdit; et cela, lors même que le prix serait encore dû par l'acquéreur, à l'époque de l'ouverture de la succession.

Tels nous paraissent être les principes; la Cour de cassation les a consacrés par un arrêt remarquablement motivé, du 19 août 1862, dans une affaire, sur laquelle nous avons délibéré une Consultation, qui a été rapportée par le Recueil de Dalloz. (Dufour de Neuville, D., 1862, I, 321, et Dev., 1862, I, 923; Lyon, 18 août 1865, Pullin, Dev., 1866, II, 356.)

240. — On peut élever, toutefois, une objection en ce qui concerne l'aliénation de la chose léguée, faite par le tuteur du testateur interdit.

Le sort du legs ne va-t-il pas être livré à la merci de ceux-là mêmes qui sont intéressés à le détruire? le tuteur, en effet, et les membres du conseil de famille, ce sont presque toujours les parents et les héritiers présomptifs du testateur! et ne doit-on pas être effrayé des conséquences d'une doctrine, qui leur fournit un si facile moyen de faire tomber ses dispositions testamentaires?

Voici notre réponse.

De deux choses l'une:

Ou l'aliénation aura été faite frauduleusement, dans le but de rendre le legs caduc; et alors, le légataire aura une action en dommages-intérêts contre le tuteur, et contre ceux des membres du conseil de famille, complices de cette fraude, qui auraient trompé la religion du Tribunal; comme si, par exemple, il n'y avait évidemment aucun motif, ni de nécessité ni d'avantage, de vendre l'immeuble légué (art. 457); aucun motif, disons-nous, autre que d'anéantir le legs;

Ou, au contraire, l'aliénation aura été faite loyalement, comme un acte de sage et honnête administration; dans ce cas, l'objection s'évanouit; et il faut dire que le tuteur, en faisant cette aliénation, a fait, au nom du testateur interdit, ce que le testateur non interdit aurait fait lui-même; cette proposition, qui serait très-fausse, suivant nous, si l'on en voulait induire une *révocation*, est, au contraire, très-vraie, lorsqu'on n'en veut induire qu'une *caducité*. (*Supra*, n° 238.)

Cette distinction est aussi admise par M. Massol. (*Principe rationnel de la règle catonienne*, 2e partie, chap. I. n° 6, 1876.)

Mais notre savant collègue la fonde sur un motif, auquel il nous serait impossible d'adhérer; il enseigne, en effet, que *le légataire est investi d'un droit, même du vivant du testateur!* Ce qui nous paraît excessif.

241. — L'hypothèse d'un legs particulier n'est pas d'ailleurs la seule, où ce dilemme devrait être admis.

Tel serait encore le moyen de solution, dans le cas, par exemple, d'un legs à titre universel.

Paul a légué à Pierre tous les immeubles qu'il laissera, lors de son décès; et il est ensuite interdit.

Évidemment, la manière, dont le patrimoine du testateur sera gouverné par les représentants de la tutelle, peut avoir une grande influence sur le sort du legs; et son importance sera plus ou moins grande, suivant qu'ils vendront ou qu'ils conserveront les immeubles, et aussi

suivant la nature des placements nouveaux, qu'ils feront des capitaux de l'interdit.

Question de fait et de bonne foi!

On appréciera! et la décision sera subordonnée aux circonstances, aux divers éléments, mobiliers ou immobiliers, qui composaient le patrimoine de l'interdit, à l'affectation surtout, avec laquelle le tuteur aurait, sans raison, augmenté l'actif mobilier, au dépens de l'actif immobilier, etc, (Comp. Troplong, t. IV, n° 2098.)

242. — Le légataire, qui verrait le tuteur du testateur interdit se disposer à aliéner la chose léguée, ne pourrait-il pas même, dès à présent, former une opposition?

Ceci est bien plus grave! on peut objecter, avec force, qu'il n'y a point de testament d'un homme vivant, et que le légataire n'a, tant que le testateur existe, aucun droit d'aucune espèce!

Rien n'est plus incontestable assurément dans les situations ordinaires et normales; mais telle n'est pas la nôtre! nous sommes, au contraire, dans un cas singulier et exceptionnel, que le législateur n'a pas prévu; et c'est, en conséquence, aux magistrats qu'il appartient d'y pourvoir, d'après la raison et l'équité, combinées avec les principes généraux du droit (art. 4 et 123).

Or, à consulter ces éléments de décision, nous croyons que l'on devrait autoriser l'intervention du légataire.

Cette intervention, qu'il serait vraiment impossible de lui refuser, s'il venait dénoncer une fraude actuelle et flagrante, dont le résultat pourrait êre irréparable, nous paraîtrait d'ailleurs devoir être admise dans le cas même où il se bornerait à soutenir, sans accuser le tuteur de fraude, qu'il n'y a pas lieu d'aliéner la chose léguée; c'est là, en effet, finalement, une mesure conservatoire, c'est-à-dire une de ces mesures, que les magistrats ont toujours le pouvoir d'ordonner; et ils auraient à examiner s'il n'est pas possible de concilier le maintien du legs avec la bonne administration du patrimoine du testateur.

(Comp. le tome II de ce *Traité*, nos 200 et suiv., Angers, 29 mars 1838, Chevret, Dev., 1838, II, 260; Lyon, 18 août 1865, Pullin, Dev., 1866, II, 356; Troplong, t. IV, n° 2097.)

245. — 3° Il nous reste à examiner s'il existe encore d'autres modes de révocation tacite que celui qui a été prévu par l'article 1038 (*supra*, n° 165).

Cette thèse est délicate; et il semble même, à première vue, qu'elle devrait être résolue négativement. Pourquoi, en effet, notre Code a-t-il déterminé les différentes manières, dont les testaments pourraient être révoqués? c'est afin de prévenir l'incertitude et l'arbitraire, qui sont particulièrement à craindre en cette matière; or, son but ne serait pas atteint, si, en outre et en dehors des modes de révocation, qu'il a admis, il était possible d'en admettre d'autres encore, qui ne seraient, ceux-là! soumis à aucune règle, et d'où il résulterait que le sort des dispositions testamentaires serait livré à tous les hasards de présomptions plus ou moins divinatoires, au gré des circonstances diverses de chaque espèce! Aussi, quelques jurisconsultes enseignent-ils que *le Code civil*, *dans les articles* 1035 *et suivants*, *a limité les causes de révocation...*, *et qu'il n'y a de révocation des testaments que suivant les modes prévus dans cette section.* (Coin-Delisle, art. 1038, nos 13 et 18; comp. les *motifs* d'un arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1824, Seguy, D., 1824, I, 185; et Davilleneuve, *Observations*, 1841, II, 516; et 1847, II, 332.)

Une telle conclusion toutefois est, suivant nous, inadmissible.

Les questions de révocation testamentaire sont, avant tout, des questions de volonté; et chaque jour, il se présente, dans la pratique, des preuves de révocation tacite tellement significatives, en dehors même de celles qui ont été prévues, qu'une théorie, qui entreprendrait de les méconnaître, se briserait inévitablement contre l'éclatante vérité des faits! c'est ce que le législateur de notre Code paraît avoir compris; car M. Jaubert, dans son rapport

au Tribunat, après avoir posé comme principe, que la révocation peut avoir lieu *par la volonté tacite du testateur*, ajoutait que *la loi propose un cas important* dans l'article 1038, qu'il semble n'en présenter que comme un exemple et une application. (Fenet, t. XII, p. 611.)

Ce n'est pas, certes, que nous méconnaissions la gravité de l'objection qui précède, et combien de dangers pourraient naître de la doctrine, que nous proposons, si elle n'était pas contenue dans des limites certaines; mais nous croyons qu'il est possible de la contenir; et voici la règle que nous proposons :

Pour que l'on puisse admettre la révocation tacite d'une disposition testamentaire, en dehors des cas prévus par nos textes, une condition est indispensable, à savoir : que cette révocation résulte d'un fait du testateur relatif à son testament, et qui affecte directement soit la chose léguée; soit la cause finale du legs; soit l'existence matérielle de l'acte lui-même.

Sous cette condition, notre avis est que la raison et les principes commandent d'admettre la révocation;

Tandis que, en dehors de cette condition, aucune révocation ne nous paraît admissible.

244. — *a.* Le testateur a détruit la chose léguée; il l'a anéantie *matériellement!*

Ou bien, il en a changé la forme caractéristique, d'où résultait son *nomen appellativum;* il l'a anéantie *civilement!* (*Infra*, n° 346.)

Qui voudrait nier sa volonté de révoquer!

Ceci est une *caducité*, nous dit-on; ce n'est pas une *révocation*. (*Supra*, n° 213.)

Peut-être, pourrions-nous répondre que *caducité* ou *révocation*, il n'importe, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, le legs n'aura pas d'effet.

Nous ne le ferons pas pourtant; et, tout au contraire, nous maintenons qu'outre la *caducité*, qui peut aussi rendre alors le legs inutile, il existe une *révocation*.

Et ceci peut certainement offrir un intérêt pratique.

Supposez, en effet, que la chose léguée, dont le testateur a détruit cette forme essentielle, a ensuite recouvré cette forme première, à son insu et par le fait d'un tiers.

Le legs ne pourrait pas être considéré comme caduc, dans ce cas, d'après l'article 1043.

Mais nous aurions peine à croire qu'il ne dût pas être considéré comme révoqué ; car, si l'aliénation de la chose léguée faite par le testateur, emporte révocation, lors même qu'elle est nulle, et que la chose est rentrée dans ses mains, à plus forte raison la destruction de cette chose par le testateur doit-elle fournir une preuve de révocation, lors même que la chose a été ensuite refaite, à l'insu du testateur !

245. — *b.* On a, de tout temps, aussi pensé qu'il y a révocation, lorsque le testateur fait cesser la cause, qui l'avait porté à faire le legs.

Un legs a été fait sous une charge ou une condition telle, que cette modalité en apparaît, non pas comme la cause impulsive seulement ou accidentelle, mais comme la cause finale et déterminante.

Et voilà que cette cause cesse d'exister par le fait du testateur !

Ne serait-ce pas méconnaître le caractère essentiel de ce legs, que de le maintenir encore, après que l'état de choses, en vue duquel seulement il avait été fait, a été rendu impossible ?

Est-ce que, par exemple, le legs fait à un exécuteur testamentaire en cette qualité, et dans le seul but de l'indemniser de ses soins, ne doit pas être considéré comme tacitement révoqué, lorsque le testateur nomme à sa place, dans un testament subséquent, un autre exécuteur testamentaire ! (Comp. *supra*, n° 15 ; Ricard, Part. III, n° 154 ; Mantica, *de Conject. ult. vol.*, lib. XII, tit. II, n° 29 ; Pothier, *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 130 ; et *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 2 ; Valin, Cout. de la Rochelle, *des Testam.*, art. 41, n° 86 ; Troplong,

t. IV, n° 2103; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 194; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1653.)

246. — Autre exemple.

J'ai légué, par préciput, une maison à Paul, l'un de mes héritiers présomptifs, et à Pierre, mon autre héritier, une somme d'une valeur égale à celle de la maison; de sorte que ce double legs témoigne évidemment de mon intention d'établir, entre eux, une parfaite égalité.

Ensuite, j'ai aliéné la maison léguée à Paul, sans avoir aucun grief contre lui..., *citra ullam offensam ejus.*

Cette révocation tacite du legs fait à Paul, doit-elle emporter la révocation tacite du legs fait à Pierre?

Papinien, à qui nous empruntons cette espèce, répondait affirmativement. (L. 25 ff. *de Adim. vel transfer. legat.;* ajout. L. 30, § 2.)

Les jurisconsultes français ont généralement approuvé sa réponse. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, § 2, n° 6; Toullier, t. III, n° 654; Duranton, t. IX, n° 455; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 194.)

Nous croyons, en effet, aussi que les termes du testament et les circonstances du fait pourraient justifier cette solution; en ajoutant, toutefois, qu'il importe, en ces sortes d'affaires, de ne pas présumer facilement la révocation.

Devilleneuve remarquait, avec beaucoup de raison, « qu'un testateur, qui a pu, dans le principe, ne disposer que dans un but déterminé, peut fort bien, malgré la cessation de la cause, qui l'a d'abord fait tester, vouloir, par une autre cause, qu'il n'exprime pas, persister dans sa libéralité, et, perdant de vue le motif originaire de cette libéralité, négliger de refaire son testament. » (1847, II, 332, note 2.)

Mais, si délicates que puissent en être parfois les applications, le principe lui-même nous paraît exact. (Comp. Rouen, 31 mars 1835, Carruette; et 3 déc. 1846, Messier, Dev., 1847, II, 332-336.)

247. — C'est encore à l'aide de ce principe, que pourraient être résolues les questions, assez fréquentes, qui s'élèvent relativement aux legs, que le maître a pu faire à ses domestiques.

Les formules diverses, sous lesquelles ces legs peuvent être conçus, sont surtout à prendre en considération.

Je lègue une rente viagère de 1000 fr. *à Paul, mon domestique ;*

Ou *à Paul, s'il est encore à mon service, au moment de mon décès.*

Paul aura-t-il droit au legs, s'il n'est plus au service du testateur, à l'époque de son décès ?

D'après Pothier, « le legs fait à un domestique, doit être censé révoqué, si le testateur depuis l'a chassé de chez lui par mécontentement; mais il en serait autrement, s'il en était sorti, parce qu'il n'était plus en état de servir, ou qu'il eût demandé son congé pour prendre un établissement, de l'agrément de son maître....» (*Des Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 2; et *Introduct. au tit.* XVI *de la cout. d'Orléans*, n° 129.)

Si raisonnable que cette distinction puisse paraître, il serait, à notre avis, difficile de la proposer aujourd'hui ; Pothier la fondait, en effet, sur un mode de révocation tacite, que notre ancien droit admettait, mais que notre Code n'a pas conservé, à savoir : l'inimitié survenue entre le testateur et le légataire (*infra*, n° 262). Aussi, ne pensons-nous pas que l'on pût maintenir le legs fait par le maître à son domestique, sous cette condition : *s'il est encore à mon service lors de mon décès,* dans le cas où, par quelque motif que ce fût, le domestique ne serait plus, en effet, à son service, lors de son décès.

Que si le testateur a dit seulement qu'il lègue une rente viagère *à son domestique.... ou à la personne qui sera à son service, au moment de son décès,* on verra, d'après les circonstances, si le legs a été fait en vue du domestique, qui

servait le testateur, au moment de la confection du testament, ou en vue de celui, quel qu'il fût, qui se trouverait à son service, au moment de son décès. (Comp. Bergier sur Ricard, Part. III, n° 354, note 1; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de Legs*, § 2, n° 6.)

248. — *c*. Reste le troisième mode de révocation tacite, que nous avons annoncé, à savoir : la destruction, par le testateur, de son testament lui-même (*supra*, n° 243).

Oh ! pour celui-ci, il est d'évidence !

Paul avait fait un testament olographe; et il le brûle; ou il le déchire; ou il le bâtonne.

Qui pourrait nier la révocation? (Comp. Cass., 12 janv. 1833; Manche, D., 1833, I, 80; Cass., 15 janv. 1834, Lelong, D., 1834, I, 98; Cass., 20 févr. 1837, Fleury, Dev., 1837, I, 432; Douai, 26 mai 1838, Faille-Delobre, Dev., 1838, II, 262; Paris, 22 janv. 1850, Lacoste, Dev., 1850, II, 115; Cass., 6 mars 1866, Dellas, dev., 1866, 2, 332.)

On objecte, toutefois, encore que ce n'est point là une révocation, mais une destruction; et qu'autre chose est de révoquer un testament, autre chose de le détruire; à ce point que *les questions de révocation ne peuvent même s'élever que sur un testament, qui existe encore*. (Coin-Delisle, art. 1038, n° 15; arrêt précité de la Cour de cassation du 12 janv. 1833.)

Cette objection est certainement très-juste, à quelques égards; et nous reconnaissons que la destruction de l'acte testamentaire est bien plus énergique encore que la révocation; puisqu'elle le réduit au néant, et qu'il est dès lors à considérer, non pas comme ayant perdu sa force, mais même comme n'ayant jamais existé! (Comp. *supra*, n° 163, et *infra*, n°s 249 et 253.)

Il ne nous en paraît pas moins pourtant qu'il importe de considérer aussi comme une révocation tacite, la destruction, que le testateur fait lui-même de son testament.

Pierre présente un testament olographe, par lequel Paul, qui vient de mourir, lui a fait un legs.

Ce testament est déchiré; ou bien il est cancellé, biffé; mais, malgré les déchirures, les *pièces*, comme dit Furgole, *peuvent être rapportées* (chap. XI, n° 78); ou, malgré les *effaçures,* le testament est encore lisible.

Pierre peut-il l'invoquer comme un titre encore valable et demander l'exécution du legs?

Nous répondons :

Non! si c'est par le testateur lui-même, à dessein, *consulto*, que le testament a été déchiré ou bâtonné;

Oui! si c'est par un accident fortuit, ou par le fait d'un tiers, ou même si c'est par le fait du testateur lui-même, mais sans intention de révoquer, *inconsulto;* comme s'il l'a, par exemple, déchiré dans un accès de folie, *mente captus!*

Distinction fort raisonnable, que les jurisconsultes romains avaient admise; que nos anciens jurisconsultes leur avaient empruntée; et qui nous paraît devoir être maintenue dans notre Droit nouveau.

Donc, il est toujours utile de voir une révocation tacite dans le fait du testateur, qui détruit volontairement son testament; puisque le même acte, qui pourrait être encore considéré comme existant, si ses imperfections matérielles n'étaient pas l'œuvre du testateur, devrait être, au contraire, considéré comme anéanti, si c'était le testateur lui-même qui l'eût mis dans cet état. (Comp. L. 20, ff. *De injust. rupt. testam.;* L. 1, ff. *De his quæ in testam. del.;* Pothier, *des Donat. test.*, chap. VI, sect. II, § 2; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de testam.*, § 4, n°s 1, 3; Grenier, t. III, n° 347; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Toullier, t. III, n° 657; Duranton, t. IX, n° 466; Troplong, t. IV, n°s 2107, 2108.)

249. — Cette solution est, disons-nous, d'évidence, lorsque le testateur, n'ayant fait qu'un seul original de son testament olographe, l'a détruit ou cancelé, et, *a for-*

tiori, lorsqu'en ayant fait plusieurs originaux, il les a tous détruits ou cancellés.

Mais supposons qu'ayant fait plusieurs originaux tout à fait semblables du même testament, *pluribus tabulis scriptis unius testamenti*, il n'en a détruit qu'un seul sur deux, ou que deux sur trois, etc. (L. 4 ff. *De his quæ in testam. del.*)

L'original, qui est resté intact, devra-t-il être considéré aussi comme révoqué tacitement?

Cette conséquence semblerait d'abord juridique : comment, en effet, expliquer la destruction que le testateur a faite des autres exemplaires de son testament, si ce n'est par la volonté de le révoquer? et n'est-il pas présumable que c'est par oubli seulement, ou par méprise, qu'il en a laissé subsister un exemplaire? aussi, les jurisconsultes romains admettaient-ils les héritiers à prouver que le testateur avait détruit les autres.... *ut intestatus moreretur* (*loc. supra cit.*) ; et notre ancienne jurisprudence paraît avoir autorisé aussi, en cas pareil, la preuve testimoniale et les présomptions. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de testam.*, § 4.)

Toullier a écrit que « *l'admission de la preuve testimoniale, en ce cas, peut souffrir bien des difficultés dans nos principes;* » et, toutefois, il conclut « *qu'il serait bien étonnant que l'on fût, en France, plus rigoureux, sur ce point, que les Romains, qui attachaient aux testaments beaucoup plus d'importance que nous.* » (T. III, n° 664.)

Conclusion évidemment inadmissible ; car, il faut, au contraire, tenir pour certain qu'aucune preuve extrinsèque ne serait recevable, afin d'établir cette prétendue révocation :

Cet original du testament, qui n'a pas été détruit ni cancellé, le voici intact et régulier ! et il doit former une preuve légale des dispositions testamentaires du défunt, tant que la révocation n'en sera pas légalement prouvée; or, l'héritier n'invoque aucun des modes de révocation,

que notre Code a établis dans les art. 1035 et suivants; donc, ce testament demeure dans toute sa force.

On objecte que nous avons nous-même admis qu'il existe encore d'autres modes de révocation tacite (*supra*, n° 243).

Il est vrai! et notamment nous admettons que la destruction, la déchirure, ou la cancellation, que le testateur a faite de son testament, est l'un de ces modes. Oui! lorsque le testament a été, en effet, détruit, ou déchiré, ou cancellé, c'est-à-dire, lorsqu'il a cessé matériellement de former une preuve légale de ses volontés dernières;

Or, le testament, que le légataire présente, n'a subi aucune altération;

Donc, il n'a pas non plus été révoqué de cette manière;

Donc, la preuve testimoniale et les présomptions sont inadmissibles à l'effet d'établir que le testateur, en détruisant l'un des originaux, a eu l'intention de détruire l'autre, afin de mourir *intestat;* car, en aucun cas, ces genres de preuves ne sont admissibles pour établir la révocation d'un testament revêtu de toutes les solennités prescrites par la loi. (Comp. *infra*, n° 256; Cass., 5 mai 1824, Sirey, 1824, I, 185; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de testam.*, § 4, n° 1; Duranton, t. IX, n° 468; Grenier, t. III, n° 347; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.*, note *a;* Coin-Delisle, art. 1038, n° 16; Troplong, t. IV, n° 2112; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 195; Massé et Vergé, t. III, p. 296; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1647.)

250. — La solution, qui précède, ne devrait être modifiée que dans le cas où l'on demanderait à prouver que le testateur a voulu détruire tous les originaux de son testament, et que, s'il en existe encore, ce n'est que par la fraude d'un tiers, qui a trompé sa confiance, en conservant un exemplaire, qu'il avait reçu l'ordre de détruire, et dont il lui avait affirmé la destruction.

Ce serait là, en effet, une fraude, dont la preuve devrait pouvoir être faite, suivant le droit commun, par tous les moyens, par témoins donc, et aussi par présomption. (Comp. *supra*, n° 135; Caen, 4 juin 1841, de Lossendière, Dev., 1841, II, 516; et *Observations* de Devilleneuve; Bayle-Mouillard sur Grenier; t. III, n° 347, note *a;* D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4291.)

251. — La révocation tacite, qui résulte de la cancellation des dispositions testamentaires, peut d'ailleurs n'être que partielle; et si, en effet, le testateur n'a biffé ou raturé que l'une ou quelques-unes d'entre elles seulement, il n'y a pas de motif pour que les autres, qu'il a laissées intactes, soient considérées comme révoquées.... *Sine dubio cæteram partem testamenti valere,* dit Ulpien (L. 2, ff. *De his quæ in testam. del.;* comp. Nancy, 11 juin 1842, D., 1842, II, 228; Limoges, 12 juin 1852, Dubois, Dev., 1852, II, 581).

Il n'en serait autrement que dans le cas où la cancellation porterait sur quelque partie constitutive de la solennité même du testament, telle que la date ou la signature. (Comp. Furgole, chap. XI, n° 83; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de testam.*, § 4, n° 2; Duranton, t. IX, n° 647; Troplong, t. IV, n° 2111.)

252. — Dans quels cas les *déchirures*, les *ratures*, les *barres*, la *cancellation*, ou autres vices de ce genre, du testament, fourniront-ils la preuve suffisante que le testateur a entendu le révoquer?

Ce n'est là qu'une question de fait, que les magistrats doivent décider, d'après l'état matériel de la pièce et les autres circonstances de chaque espèce; voilà pourquoi le législateur s'est abstenu de décréter une règle de droit sur ce sujet, où l'empire du fait prédomine.

A toutes les questions donc, que l'on pourrait faire sur ce point :

Faut-il que le testament biffé ou raturé soit tout à fait illisible, pour être considéré comme révoqué?

Faut-il que les ratures soient approuvées? etc.

Nous répondons : la loi n'exige aucune condition spécialement; elle laisse aux juges du fait un pouvoir souverain d'appréciation. (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 131; Cass., 12 janv., 1833, Manche, D., 1833, I, 80; Cass., 15 janv. 1834, Lelong, D., 1834, I, 98; Cass., 21 févr. 1837, Fleury, Dev., 1837, I, 432.)

253. — On a toutefois entrepris de poser, en théorie, deux propositions, qui consisteraient à dire :

1° Que la preuve testimoniale et les présomptions ne sont pas admissibles à l'effet d'établir les circonstances de fait, relatives aux déchirures ou aux cancellations, dont le testament a été l'objet, et notamment qu'elles sont l'œuvre du testateur lui-même;

2° Que les déchirures ou cancellations doivent être présumées avoir été faites par un autre que par le testateur, lorsque le testament s'est trouvé, non pas dans les papiers de celui-ci, mais en la possession d'un tiers.

Mais ni l'une ni l'autre de ces propositions ne nous paraît juridique :

1° La preuve testimoniale et les présomptions sont, au contraire, suivant nous, admissibles pour établir par qui les ratures ou cancellations ont été faites, parce qu'il ne s'agît pas alors d'établir un mode légal de révocation; nous sommes alors en présence d'un fait; et c'est à la recherche de ce fait et des circonstances qui peuvent en fournir l'explication, que les magistrats doivent pourvoir; or, précisément ils n'y peuvent, en cas pareil, réussir à l'aide de preuves extrinsèques, par témoins et par présomptions. (Comp. Cass., 21 févr. 1837, Fleury, Dev., 1837, I, 432; et les conclusions de M. l'avocat général Nicod.)

254. — 2° Quant à la seconde proposition (*supra*, n° 253), nous devons convenir qu'elle a toujours été fort accréditée dans notre ancien Droit, et qu'elle n'a pas cessé de l'être encore dans notre Droit nouveau.

Presque partout, en effet, on rencontre cette distinction :

Le testament lacéré, ou cancellé, a-t-il été trouvé chez le testateur?

Les déchirures ou les cancellations doivent être présumées avoir été faites par lui; d'où l'on conclut que l'héritier n'a pas à prouver la révocation; et que c'est au légataire à prouver la non-révocation.

Le testament se trouvait-il, au contraire, chez un tiers, qui en était le dépositaire, ou autrement?

Les lacérations ou cancellations ne sont pas présumées avoir été faites par le testateur; d'où l'on conclut que le légataire, ou celui qui se prétend tel, n'a pas à prouver la non-révocation; et que c'est à l'héritier de prouver la révocation, à moins que le testament n'eût été remis cacheté au tiers dépositaire, et que le cachet fût reconnu intact. (Comp. Cass., 21 févr. 1837, Lamé-Fleury, D., 1837, I, 203; Mantica, *De conject. ultim. vol., lib.* XII, 27; Hilliger sur Donneau, tit. VI, chap. XVI, n° 4; Furgole, chap. XI, n° 80; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de testam.*, § 4, n° 4; Toullier, t. III, n° 633; Troplong, t. IV, n°s 2107-2110; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 196; Colmet de Santerre, t. IV, n° 186 *bis*.)

Cette distinction pourtant ne nous paraît pas juridique; et voici notre réponse :

C'est au demandeur, qui se prétend légataire, de prouver l'existence légale du testament, qu'il invoque;

Or, le testament, dans l'état où il le présente, n'existe pas légalement; car, un testament olographe, dont les dispositions sont cancellées, se trouve réduit *ad non esse;*

Donc, c'est au demandeur, s'il soutient que le testament existe, nonobstant ces cancellations, de prouver ce qu'il affirme, à savoir : qu'elles l'ont laissé subsister, parce qu'elles sont le résultat, non pas de la volonté du testateur, mais d'un fait du tiers ou d'un accident.

L'héritier, lui! saisi qu'il est de plein droit, n'a rien à prouver! comment, en effet, pourrait-il être tenu de prouver que le testament a été révoqué, avant que l'on ait prouvé, contre lui, qu'il existe un testament!

Tels sont, suivant nous, les véritables rôles des parties (comp., Douai, 26 mai 1838, Faille-Delabre, Dev., 1838, II, 262).

Ce qui nous paraît vrai seulement, c'est que la preuve, que nous mettons à la charge de celui qui se prétend légataire, sera plus ou moins facile, suivant les circonstances, et eu égard notamment à la qualité et au caractère du tiers, qui avait reçu le dépôt du testament, de ses relations avec le testateur et avec les héritiers, etc.; circonstances, qu'il est naturel que les magistrats prennent en considération dans ces questions toutes de fait; mais nous n'en maintenons pas moins, en droit, que la situation des parties est celle que nous croyons devoir assigner à chacune d'elles.

255. — Le notaire ne devant pas, à notre avis, se dessaisir de la minute du testament par acte public, qu'il a reçu, toutes les questions, que nous venons d'examiner relativement au testament olographe, et qui y sont, en effet, très-fréquentes, ne pourront guère s'élever, relativement au testament par acte public (*voy.* le tome IV de ce *Traité*, n° 236).

Il est clair pourtant que si, par une circonstance quelconque, imprudence ou ignorance du notaire, ou de son clerc, ou par une voie de fait, le testateur ayant eu la minute en sa possession, l'avait anéantie, déchirée ou cancellée, les mêmes solutions devraient y être appliquées. (Comp. Avis du conseil d'État du 4 avril 1821; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de testam.*, § 4, n° 3; Toullier t. III, n° 660; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 196; *voy.* toutefois, Coin-Delisle, art. 1038, n° 17.)

256. — Mais on ne saurait induire, au contraire, aucune révocation du fait, que le testateur aurait déchiré bâ-

tonné ou anéanti l'expédition, que le notaire lui avait délivrée de son testament par acte public. (Comp. le tome IV précité n° 237.)

Ce fait peut bien impliquer une certaine disposition à un changement de volonté; mais il n'en fournit certainement pas la preuve, en présence de la minute, qui se trouve là, comme disait Bannelier, *saine et sauve!* (Sur Davot, liv. III, traité IV, chap. XVIII, n° 25; comp. *supra*, n° 249; Toullier, t. III, n° 658; Duranton, t. IX, n° 459; Coin-Delisle, art. 1038, n° 16: Troplong, t. IV, n° 2115; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 297.)

257. — Quant au testament mystique, que le testateur peut avoir en sa possession (*voy.* le tome IV précité, nos 358, 359), la destruction, la lacération ou la cancellation peuvent en être faites par lui; et elles sont, dès lors, aussi un mode de révocation tacite de ce testament.

258. — Mais supposons que le testateur s'est borné à rompre le sceau ou l'enveloppe de son testament mystique : *si quidem testator linum vel signacula inciderit.* (L. 30, Cod. *de Testam.*)

Il faut distinguer :

Si l'acte intérieur, qui contient les dispositions, réunit toutes les formalités requises pour constituer un testament olographe, il vaudra en cette forme, qui est valable, et que le testateur lui-même a laissée subsister (*voy.* le tome IV de ce *Traité*, nos 408, 409).

Mais la révocation, au contraire, s'ensuivra, si l'écrit intérieur ne peut valoir comme testament olographe.

Coin-Delisle, toutefois, n'admet pas la révocation, même dans ce dernier cas, *s'il n'y a aucun doute sur l'identité de l'écrit testamentaire, comme, par exemple, s'il est porté sur la feuille même qui contient l'acte de suscription, sans addition aucune depuis l'ouverture; dans ce cas,* dit-il, *on ne peut voir, dans ce fait du testateur, ni révocation, ni cancellation du testament* (art. 1038, n° 18; comp. aussi Furgole, chap. XI, nos 79 et suiv.)

Nous croyons, au contraire, que ce fait, qui emporte *l'annulation* du testament mystique, en emporte, par cela même aussi, la *révocation*.

Le testament est-il annulé? assurément; ou plutôt même il est anéanti! il n'y a plus, en effet, de testament mystique, dès que les formalités, dans lesquelles il consiste essentiellement, n'existent plus! or, si le testament est anéanti, il n'y a plus de volonté testamentaire. (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 352; Merlin, *Répert.* v° *Révocat. de testam.*, § IV, n° 1; Troplong, t. IV, n° 2116; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI. p. 196.)

259. — En dehors de la règle, que nous avons posée, et qui exige un fait du testateur, portant: soit sur la chose léguée, — soit sur la cause finale du legs, — soit sur l'existence même du testament, on ne saurait admettre aucune preuve de révocation tacite. (*Supra*, n° 243.)

C'est ainsi que la révocation ne résulterait aujourd'hui :

Ni de l'ancienneté du testament;

Ni de l'inimitié, qui se serait élevée, depuis, entre le testateur et le légataire;

Ni de la survenance d'un enfant au testateur.

260. — Pierre meurt aujourd'hui, en 1865.

Et voilà que Paul produit, contre son héritier, un testament daté de 1830.

Ce testament plus que trentenaire est-il encore bon?

Certainement oui!

A la vérité, le Code Théodosien avait admis une sorte de prescription ou de péremption du testament, par un laps de dix années, à compter de sa date (L. 6 *de Testam.*); et encore, Justinien l'avait-il modifié, en exigeant, en outre, une déclaration du changement de volonté du testateur. (L. 27, Cod. *de Testam.*).

Mais ce mode de révocation n'avait pas été reçu dans notre ancienne pratique française, où l'on tenait, au contraire, pour maxime, que le laps de temps ne révoque pas,

fût-il, disait Davot, *de quarante ans!* (Liv. III, *Traité*, IV, chap. XVIII, n° 5; comp. Ricard, Part. III, n° 41.)

Il en est de même sous notre Code, dont aucun article n'autoriserait, en effet, cette sorte de révocation ou de péremption.

A-t-on trouvé, dans l'ancienneté même du testament, une preuve de plus de la persévérance du testateur dans la volonté qu'il renferme? cette explication est possible. (Comp. Troplong, t. IV, n° 2120.)

Il se pourrait bien, sans doute, aussi que le testateur l'eût tout simplement oublié! et cette supposition pourrait même paraître vraisemblable, si le testament, étant d'une date très-reculée, avait été, à l'époque de sa confection, déterminé par des circonstances accidentelles, et se trouvait, à l'époque du décès, en complet désaccord avec la position de famille et de fortune du testateur; nous avons vu cet exemple!

Mais la loi est générale; et il lui était difficile, en effet, d'admettre des distinctions.

Il faudrait donc maintenir, dans tous les cas, le testament, contre lequel on n'alléguerait d'autre grief que son ancienneté. (Comp. Grenoble, 20 mars 1861, Ducrest, *Journal des Cours de Grenoble et de Chambéry,* 1861, p. 93; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de testam.*, § 5; Grenier, t. II, n° 245, et t. III, n° 341; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Coin-Delisle, art. 1035, n° 13.)

261. — Nous savons, toutefois, qu'il en est autrement, à l'égard de certains testaments privilégiés (art. 984, 987 et 996; comp. le tome IV de ce *Traité,* n°s 423, 442, 454).

Mais on peut dire que cette exception même est la confirmation de la règle.

262. — Notre ancien Droit avait admis, à l'exemple du Droit romain, que la Révocation tacite des legs pouvait s'induire des inimitiés graves, survenues, depuis la confection du testament, entre le testateur et le légataire.

(Comp. L. 3, § ult.; L. 29 et 31, § 2, ff. *De adim. vel transf. legat.*, Ricard, part. III, n° 255; Furgole, chap. XI, n° 107; Pothier, *de Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 2, 5°.)

Rien n'autoriserait, sous notre Code, à admettre cette révocation, même dans les hypothèses que proposait Ricard, *où le testateur et le légataire seraient tombés dans des dissensions considérables, et auraient eu ensemble des procès de conséquence.* (*Loc. supra cit.*)

On devrait croire que le testateur, qui n'a pas révoqué son legs, quand il le pouvait si facilement, n'en a pas moins persévéré, malgré tout, généreusement dans sa volonté bienfaisante !

Nous ne supposons pas, d'ailleurs, bien entendu, que le légataire se trouve dans un des cas où la révocation judiciaire pourrait être prononcée contre lui, par application de l'article 1046. (Comp. Coin-Delisle, art. 1035, n° 13; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 341, note *a*.)

263. — Enfin, nous avons dit que la survenance d'un enfant au testateur, qui n'en avait pas à l'époque de la confection du testament, n'est pas non plus une cause de révocation tacite (*supra*, n° 259).

C'était là, toutefois, une thèse fort débattue dans notre ancienne jurisprudence.

Nous ne parlons pas des provinces de Droit écrit, où le testament pouvait se trouver rompu, dans ce cas, conformément aux principes romains, pour vice de prétérition; ce qui ne s'appliquait d'ailleurs qu'à *l'institution d'héritier*, et non point *au surplus des dispositions du testament*, ni aux codicilles. (Comp. art. 50 et 53 de l'Ordonn. de 1735.)

Quant aux provinces coutumières, où l'institution d'héritier n'était pas une condition de validité des testaments, il semblerait, en conséquence, que la question n'aurait pas même dû s'élever; et pourtant, elle y était très-controversée, à un autre point de vue.

C'est, en effet, par application de la célèbre loi *si unquam* (10, Cod. *de Revoc. donat.*), qu'un parti considérable, parmi les jurisconsultes, prétendait que les testaments devaient être, comme les donations entre-vifs, révoqués par la survenance d'un enfant au testateur. (Comp. Ricard, part. III, n° 621 ; Guy-Coquille, sur l'article 13 *des Donations, de la cout. de Nivernais;* Domat, *Lois civ.*, liv. I, tit. I, sect. V, n° 6 et 15 ; Bretonnier sur Henrys, liv. V, quest. 100.)

Mais la doctrine contraire était généralement admise ; et Bergier, l'annotateur de Ricard, démontrait, en effet, péremptoirement, que *tout s'élevait contre l'opinion de ce grand homme*, disait-il, *et de ses sectateurs : le texte de la loi, et son esprit, et la jurisprudence* ; et il citait, avec les Ordonnances de 1731 et 1735, *qui ne permettaient pas*, à son avis, *de mettre la question en problème*, deux arrêts, et notamment l'arrêt fameux *de la Popelinière*, du 12 mars 1764, qui l'avaient formellement décidé ainsi. (Addit. à la part. III, chap. V, sect. IV; comp. Merlin, *Répert.* v° *Révocat. de codicille*, § 5.)

La conclusion de Bergier nous paraît également certaine dans notre Droit nouveau; et nous pouvons l'appuyer encore sur les trois arguments, qu'il invoquait autrefois :

1° Du texte même de la loi il résulte que les dispositions testamentaires ne sont ni *révoquées* de plein droit, ni *révocables* judiciairement, par la survenance d'enfant ; car, d'une part, l'article 960 n'est applicable qu'à la donation entre-vifs et point au testament; et d'autre part l'article 1046, par le renvoi, qu'il fait limitativement aux articles 954 et 955, relatifs à la révocation de la donation entre-vifs pour cause d'inexécution des conditions et pour cause d'ingratitude, exclut, par cela même, en matière de testament, la révocation pour cause de survenance d'enfant, qui est établie par l'article 960, auquel il ne renvoie pas.

2° L'esprit de ces articles est d'ailleurs conforme à leur texte ; si la loi a prononcé la révocation, de plein droit, de la donation entre-vifs pour cause de survenance d'enfant, c'est que, la donation étant irrévocable, il était nécessaire de venir en aide au donateur, qui ne pouvait pas se dégager lui-même ; mais, au contraire, le testament étant toujours révocable, l'intervention de la loi n'est pas nécessaire !

3° Aussi, la jurisprudence et la doctrine modernes sont-elles d'accord pour reconnaître que la survenance d'enfant n'est pas, sous notre Code, une cause de révocation des testaments. (Comp. Nîmes, 17 fév. 1840, Vauclard, Dev., 1840, II, 97 ; Montpellier, 20 avril 1842, Ginestat, Dev., 1842, II, 347 ; Douai, 30 janv. 1843, N.... C. Tondeur, Dev., 1843, II, 69 ; Limoges, 8 mai 1843, Belin, Dev., 1844, II, 81 ; Caen, 1re Chambre, 8 fév. 1851, Viley ; Cass., 23 janv. 1861 ; Grenoble, 20 mars 1861, Nestor Ducrest, *Journal des Cours de Grenoble et de Chambéry*, 1861, p. 93 ; Merlin, *Répert.*, v° *Révocat. de codicille*, § 5 ; Toullier, t. III, n° 670 ; Duranton, t. IX, n° 474 ; Grenier, t. III, n° 341 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Coin-Delisle, art. 1035, n° 13 ; Poujol, art. 1046, n° 4 ; Nicias-Gaillard, *Revue de Législat.*, 1850, p. 133 ; Marcadé, art. 1046 ; Troplong, t. IV, n° 2205 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 181 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 201 *bis*, V.)

264. — La solution, qui précède, est incontestable, et désormais aussi incontestée, lorsque le testateur, qui n'avait pas d'enfant, au moment de la confection de son testament, a connu, avant de mourir, soit la naissance de l'enfant, qui lui est survenu, soit même seulement la grossesse de sa femme, qui est ensuite accouchée d'un posthume.

Mais il est une hypothèse, où cette solution soulève, au contraire, encore de vives dissidences, à savoir : lorsque le testateur a disposé et est mort dans l'ignorance de la

grossesse de sa femme : *ignarus uxorem esse prægnantem.* (L. 36, §, 2 ff. *de Testam. mil.*)

L'argument, que nous venons de déduire de la différence entre la donation entre-vifs, qui est irrévocable, et le testament, qui est révocable, paraît alors, en effet, avoir perdu toute sa portée; puisque le testateur, qui n'a pas connu la grossesse de sa femme, a été lui-même, en fait, dans l'impossibilité d'user de sa faculté de révocation; aussi, plusieurs enseignent-ils que le testament doit être considéré comme révoqué par la naissance de cet enfant posthume :

1° Tel était, dit-on, le Droit romain (L. 36, *supra*; L. 10, Cod. *de Testam.*); et Pothier atteste que notre ancien Droit français avait aussi admis cette exception :

« Si une personne, dit-il, faisait son testament, ignorant la grossesse de sa femme, le posthume, qui naîtrait, pourrait faire déclarer nul le testament de son père, non pas précisément à cause de la prétérition, qui n'est pas un vice dans nos testaments, mais par une conjecture de la volonté du testateur; on présume qu'il n'a fait les legs contenus dans son testament que parce qu'il croyait n'avoir point d'enfant, et qu'il ne les aurait pas faits, s'il eût su qu'il lui en surviendrait; cette présomption, fondée sur l'affection naturelle des parents pour leurs enfants, fait supposer, dans le testateur, une intention virtuelle de faire dépendre les legs qu'il a faits, de la condition : s'il mourait sans enfants. » (*Des Donat. testam.*, chap. VI, sect. I, § 2.)

2° On ajoute que ce n'est pas seulement par des motifs d'équité, que cette doctrine se recommande, mais qu'elle s'appuie également sur les principes du droit; car *le testament est alors fondé sur une fausse cause, qui a égaré la volonté du testateur*; et les principes mêmes exigent que cette erreur soit réparée! comment! cet homme, qui croyait ne pas laisser d'enfant, a légué à un cousin, ou à

un étranger même peut-être, tous les biens, qui lui appartiennent; et on prétendrait maintenir ce legs universel, au préjudice de son enfant, et ne laisser à celui-ci qu'une action en réduction pour obtenir sa réserve! est-ce que cela est possible? (Comp. Douai, 30 juin 1843, N..., Dev., 1843, II, 69; Delvincourt, t. II, p. 97, note 9; Chabot, *Quest. transit.*, v° *Testam.*, § 9, n° 2; Vazeille, t. III, p. 142; Grenier, *loc. supra*; Troplong, *loc. supra*; Saintespès-Lescot, t. V, n°s 1655 et 1716.)

Si douloureuse que puisse être, en effet, dans certains cas, cette conséquence, nous croyons qu'il faut s'y soumettre :

1° Les articles de notre Code, par lesquels nous avons démontré que les testaments nè sont pas révoqués pour cause de survenance d'enfants, sont absolus (*supra*, n° 263); et, quoique l'hypothèse particulière, qui nous occupe, semble ne pas rentrer dans le motif général, sur lequel ils sont fondés, le texte lui-même, ce texte qui fait notre loi, n'en est pas moins, en effet, d'une généralité, qui ne comporte ni exception ni distinction!

2° Il s'en faut bien, d'ailleurs, que l'argument juridique, que l'on invoque en sens contraire, soit péremptoire! la cause d'une libéralité, c'est la volonté de conférer un bienfait; en voilà la cause finale, qu'il ne faut pas confondre avec les motifs et les circonstances, qui ont pu porter le bienfaiteur à le conférer, et qui n'en sont que la cause impulsive; or, l'ignorance, où le testateur a été de la grossesse de sa femme, ne produit pas une erreur sur la cause finale, mais seulement sur la cause impulsive. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 588.)

3° La doctrine, que nous combattons, se place toujours dans l'hypothèse d'un legs universel, qui lui est, en effet, la plus favorable.

Mais que décidera-t-elle, à l'égard des autres legs?

Dira-t-elle qu'ils seront tous, sans distinction, révo-

qués? mais elle deviendrait elle-même excessive, et souvent fort injuste !

Distinguera-t-elle, au contraire, avec Delvincourt, qui pense que les dispositions devront être annulées, *sauf au juge à ordonner l'exécution de celles qui, d'après les circonstances, seraient jugées telles, que l'on pût présumer que le testateur les aurait toujours faites, quand même il aurait connu la grossesse?* (*loc. supra*) mais comment n'être pas effrayé de cet arbitraire, qui confère au juge le droit exorbitant de refaire, à vrai dire, le testament, au lieu et place du testateur !

Concluons donc que le testament n'est pas révoqué par la survenance d'un posthume, même dans le cas où le testateur a disposé et est mort dans l'ignorance de la grossesse de sa femme, et que cette seule circonstance ne suffit pas à motiver une exception.

Il n'en serait autrement qu'autant que l'on trouverait, dans le testament lui-même, la preuve que le testateur n'a disposé que sous la condition qu'il ne laisserait pas d'enfants, c'est-à-dire dans une hypothèse qui sera très-rare; cette hypothèse pourtant n'est pas impossible; et nous concédons volontiers que le caractère même de la disposition, si elle est universelle, fournirait, en ce sens, un moyen puissant d'interprétation; mais toujours faudra-t-il que les magistrats décident que la disposition n'a été faite par le testateur que sous la condition qu'il mourrait sans enfants. (Comp. Nîmes, 17 févr. 1840, Vauclard, Dev., 1840, II, 97; Limoges, 8 mars 1843, Bary, Dev., 1844, II, 82; Toullier, t. III, n° 670; Duranton, t. IV, n° 474; Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. III, § 2, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 181 et 191; *Rec. alph., h. v.*, n°s 4312, 4315; Colmet de Santerre, t. IV, n° 201 *bis*, V; Taulier, t. IV, p. 181, 182.)

B. — *De la révocation judiciaire des testaments.*

SOMMAIRE.

265. — Exposition. — Division.
266. — I. — De la révocation judiciaire des dispositions testamentaires pour cause d'inexécution des conditions.
267. — Suite.
267 *bis.* — Suite.
268. — Suite.
269. — Suite.
269 *bis.* — Suite.
270. — II. — De la révocation judiciaire des dispositions testamentaires pour cause d'indignité. — Division.
271. — *a.* — Dans quels cas la révocation d'un legs peut-elle être demandée pour cause d'indignité ou d'ingratitude du légataire?
272. — Suite.
273. — Suite.
274. — Suite.
275. — Suite.
276. — Suite.
277. — Suite.
278. — Les causes d'indignité, en matière de succession ab intestat, telles qu'elles sont déterminées par l'article 727, sont distinctes des causes de révocation des legs, telles qu'elles sont déterminées par les articles 1046 et 1047.
279. — Suite. — Le défaut de dénonciation du meurtre du défunt peut-il être, contre les légataires, une cause de révocation du legs?
280. — *b.* — La révocation du legs pour cause d'indignité ou d'ingratitude n'a pas lieu de plein droit. — Explication.
281. — Suite. — Il y a, toutefois, un cas singulier, où cette révocation a lieu de plein droit. — Renvoi.
282. — Dans quel délai la demande en révocation d'un legs pour cause d'indignité, doit-elle être formée? — Du cas où la demande est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur.
283. — Suite.
284. — Du cas où la demande en révocation est fondée sur des faits d'indignité, commis envers le testateur lui-même.
285. — Suite.
286. — Suite. — Quel est le point de départ de la durée de l'action en révocation?
287. — L'action en révocation devrait être déclarée inadmissible, même avant l'expiration du délai d'un an, si le testateur avait, expressément ou tacitement, fait remise de l'offense au légataire. — De quelle manière cette remise d'offense pourrait-elle être prouvée?
288. — Suite. — Il y a, toutefois, un cas où la remise de l'offense ne ferait pas revivre la disposition testamentaire. — Renvoi.
289. — Faut-il appliquer à l'action en révocation des legs pour cause

265. — La révocation des dispositions testamentaires peut aussi être prononcée par les juges, après la mort du testateur.

Ce mode de révocation est organisé par notre Code en ces termes :

Article 1046 : « Les mêmes causes, qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre-vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires. »

Article 1047 : « Si cette demande est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit. »

Ainsi, la révocation judiciaire des legs peut être demandée pour deux causes :

I. Pour cause d'inexécution des conditions;

II. Pour cause d'ingratitude, ou, plus exactement, d'indignité.

266. — I. — L'article 1046, par le renvoi pur et simple, qu'il fait à l'article 954, dispose virtuellement que, en ce qui concerne l'inexécution des conditions, la révocation des legs est soumise aux mêmes règles que la révocation des donations entre-vifs.

Il nous suffit, en conséquence, de nous référer, aux

explications, que nous avons déjà fournies sur ce sujet. (*Voy.* le tome III de ce *Traité*, nos 562 et suiv.)

267. — Constatons seulement que le droit de demander la révocation d'un legs pour cause d'inexécution des conditions, appartient à toute personne, qui doit en profiter.

C'est ainsi que la révocation peut être, suivant les cas, demandée :

Soit par un substitué, ou par un colégataire conjoint;

Soit par celui qui était chargé de l'acquittement du legs grevé de conditions;

Soit par les héritiers légitimes, lorsqu'il s'agit de conditions imposées à un légataire universel, dans l'intérêt d'un tiers ou du testateur lui-même. (Comp. *supra*, n° 81; Grenoble, 16 mai 1842, Cotton, Dev., 1843, II, 279; Caen, 27 juin 1868, Larose, Dev., 1869, II, 140; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n° 686; Coin-Delisle, art. 1046, n° 10; Troplong, t. IV, n° 2194; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 306.)

267 *bis*. — La présence d'un exécuteur testamentaire n'empêche pas, d'ailleurs, ceux auxquels l'action en révocation appartient, de l'exercer, lorsque les conditions qui ont été imposées au legs, ne sont pas exécutées.

L'article 1046 est absolu; et il ne distingue pas s'il existe ou s'il n'existe pas d'exécuteur testamentaire. (Comp. *supra*, n° 104.)

268. — Il est bien entendu aussi que le légataire qui a accepté le legs, peut être contraint personnellement à en exécuter les conditions, si les parties intéressées n'en veulent pas demander la révocation. (Comp. Pau, 6 août 1861, Bonnefoi, Dev., 1862, II, 467; le tome III de ce *Traité*, n° 575.)

Ce droit est même le seul qui appartienne aux tiers, dans l'intérêt desquels les conditions ont été établies, et qui n'auraient pas, en effet, qualité pour demander la

révocation du legs. (Comp. le tome III, précité, n° 597 Cass., 19 mars 1855, Comm. de Belleville, Dev., 1856, I, 648; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 211.)

269. — D'après Coin-Delisle : « *il y a une différence notable entre la révocation pour inexécution des dispositions testamentaires et des donations entre-vifs : c'est que, dans celles-ci, la résolution n'a pas lieu de plein droit, quelle que soit la stipulation; tandis que le testateur est maître d'imposer une clause absolue de révocation, pour le cas où le légataire n'aurait pas accompli la condition dans un délai déterminé.* » (Art. 1046, n° 2.)

Mais nous croyons avoir démontré déjà que cette différence ne saurait être admise.

Que le testateur puisse insérer, dans son testament, une condition résolutoire expresse, pour le cas d'inexécution des charges de la part du légataire, cela nous paraît certain; mais ce que nous ajoutons, contrairement à l'avis de notre savant confrère, c'est que le donateur entre-vifs peut insérer la même condition dans sa donation. (*Voy.* le tome III de ce *Traité*, n° 606.)

269 *bis.* — Nous avons entendu proposer une doctrine, d'après laquelle la révocation ne pourrait pas être demandée pour cause d'inexécution de celles des conditions du legs, qui ne seraient qu'accessoires et secondaires.

Mais cette doctrine nous paraît périlleuse; et nous aimons mieux nous en tenir au texte général des articles 1046 et 954, qui autorisent la demande en révocation, toutes les fois que la disposition a été faite sous une condition quelconque, dès que la condition, qui y a été mise, n'est pas exécutée. (Comp. t. III, n° 570.)

Ce qui peut être vrai seulement, c'est que les *voies et moyens* d'exécution, qui auraient été indiqués par le testateur, pourraient être considérés comme secondaires; en ce sens que la demande en révocation pourrait ne pas

devoir être admise contre le légataire, qui aurait employé d'autres moyens pour exécuter la condition, si, finalement, il l'avait exécutée comme le testateur l'avait voulu (comp. Caen, 2e chambre, Jeanne, 4 novembre 1864); et encore, est-il, dans tous les cas, plus prudent, de la part du légataire, de se conformer exactement, sur tous les points, aux termes dans lesquels la condition est conçue. (Comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. II, n° 495.)

270. — II. — En ce qui concerne la révocation des legs pour cause d'indignité ou d'ingratitude, l'article 1046 se réfère à l'article 955 du chapitre *des Donations entre-vifs*; mais ce renvoi ne paraît pas aussi net que celui qui est fait à l'article 954, en ce qui concerne la révocation pour cause d'inexécution des conditions.

Aussi, cette cause de révocation des legs offre-t-elle, dans la doctrine, quelques incertitudes et même un peu de confusion. (*Infra*, nos 282 et suiv.)

Nous essayerons de l'exposer avec clarté, en examinant successivement :

a. — Dans quels cas la révocation d'un legs peut être demandée pour cause d'indignité ou d'ingratitude;

b. — Dans quel délai la demande doit être formée;

c. — Par qui et contre qui elle peut l'être;

d. — Quels sont les effets de cette révocation.

271. — *a.* — La révocation des legs pour cause d'indignité peut être demandée dans trois cas, savoir :

1° Si le légataire a attenté à la vie du testateur;

2° S'il s'est rendu coupable, envers lui, de sévices, délits, ou injures graves;

3° S'il a commis une injure grave envers sa mémoire.

Les deux premières causes de révocation sont empruntées à l'article 955, qui ajoute, en outre, cette troisième cause : *si le donataire refuse des aliments au donateur;* mais il est clair que cette cause est inapplicable au légataire, qui n'a jamais pu être tenu de fournir des ali-

ments au testateur, puisque le testament n'a d'effet qu'après sa mort.

Mais si cette cause de révocation est spéciale à la donation entre-vifs, il y en a une aussi, qui est spéciale au testament; c'est l'injure grave faite à la mémoire du testateur.

Nous avons vu, en effet, que le fait d'ingratitude doit toujours avoir été commis contre le donateur lui-même, pour devenir une cause de révocation de la donation entre-vifs; de sorte qu'il faut que l'action en révocation naisse dans sa personne, et que ce n'est que de son chef, que ses héritiers peuvent l'exercer. (Comp. le tome III, n° 684.)

Tandis que voici une cause de révocation, qui peut naître contre le légataire, après la mort du testateur, et directement au profit de ses héritiers.

Cette différence d'ailleurs est facile à comprendre, puisque, précisément, le droit du légataire ne s'ouvre que par la mort du testateur; et même, il semble, à première vue, plus facile d'expliquer la révocation exercée contre un légataire pour des faits d'ingratitude postérieurs au décès du testateur, que pour des faits antérieurs à ce décès.

Quant aux premiers, il fallait bien que la loi accordât aux héritiers cette action, que le testateur lui-même n'a jamais eue ni pu avoir.

Mais la même nécessité n'apparaît pas relativement aux faits commis du vivant du testateur; est-ce que, en effet, le testateur ne peut pas révoquer le legs, qu'il a fait? cette révocation lui est si facile et à quoi bon instituer une action en révocation au profit de ses héritiers!

Il est vrai; mais le testateur peut avoir ignoré le fait coupable de son futur légataire; il peut, même l'ayant connu, n'avoir pas eu le temps de révoquer, comme s'il a, par exemple, succombé à l'attentat commis sur sa personne par le légataire.

Il était donc nécessaire d'accorder à ses héritiers une

action en révocation, même pour des faits antérieurs à son décès.

Ce qu'il faut ajouter seulement, à l'égard de ces faits, c'est qu'ils ne constituent pas, en réalité, un acte d'ingratitude de la part du légataire, qui n'avait pas encore reçu le legs et qui pouvait même l'ignorer; ce n'est que la troisième cause de révocation, l'injure à la mémoire du testateur, qui peut être qualifiée d'ingratitude; les deux premières constituent plutôt une indignité.

272. — Les deux premières causes de révocation des legs, étant empruntées par l'article 1046 à l'article 955, nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons dit, en ce qui concerne la révocation de la donation entre-vifs pour attentat à la vie du donateur, et pour sévices, délits, ou injures graves envers lui. (*Voy.* le tome III, nos 621 à 241. Comp. Dijon, 17 juill. 1872, Faye, Dev., 1873, II, 10.)

273. — Quant à la cause spéciale de révocation, que l'article 1046 établit pour les dispositions testamentaires, elle consiste *dans une injure grave faite à la mémoire du testateur.*

Ces mots sont à remarquer.

Ce n'est pas, d'une manière absolue, pour un méfait quelconque, si odieux ou si immoral qu'on le suppose, que le légataire peut être privé de la libéralité; comme, par exemple, s'il avait commis quelque grave attentat envers un tiers.

Il faut que l'acte, qui lui est reproché, soit relatif au testateur, et qu'il ait été commis par lui, dans l'intention d'outrager sa mémoire.

274. — Voilà pourquoi on a décidé que la soustraction, par le légataire, d'objets dépendant de la succession du testateur, ne constituait pas une cause de révocation; car, c'est là un fait dirigé contre ses héritiers, et qui n'implique pas nécessairement une offense à la mémoire du testateur.

Décision, qui nous paraît juridique en général, sous la réserve, toutefois, des circonstances particulières, qui pourraient imprimer à cette soustraction un autre caractère et en faire une cause de révocation. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 631 ; Cass., 25 juin 1822, Chantereau, Sirey, 1823, I, 52 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 355, note *a ;* Troplong, t. IV, n° 2201 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 212.)

275. — C'est aussi par le même motif que la Cour de Nîmes a jugé que l'on ne pouvait pas trouver une cause de révocation dans l'inconduite, à laquelle la veuve, légataire de son mari, se livrait, même avant l'expiration de l'année de deuil. (14 févr. 1827, Gaudemar, D., 1827, II, 106 ; Bayle-Mouillard ; Troplong ; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

Ce que nous admettons également, mais en faisant encore, et surtout ici ! nos réserves, pour le cas où les déréglements de la veuve seraient accompagnés de circonstances telles, relativement à la mémoire de son mari, qu'elles devraient être considérées, en effet, comme une injure grave, dans les termes de notre article. (Comp. notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 565.)

276. — Le testateur a légué à un tiers une chose appartenant à son légataire.

Et voilà que le légataire refuse d'exécuter le legs et de livrer la chose, qui lui appartient !

Est-ce une cause de révocation ?

Il faut s'entendre :

Le testateur ne lui a-t-il fait le legs qu'à la charge et sous la condition de livrer sa chose à un tiers ? son refus d'accomplir la condition, devra certainement produire la révocation du legs ; ou plutôt, il est clair qu'en répudiant la charge, il répudiera, par cela même, le legs, qui était fait sous cette charge (*infra*, n° 327).

Mais s'il en est autrement, et que le legs à lui fait soit indépendant du legs de sa chose fait à un tiers, on ne

saurait, à notre avis, trouver, dans le seul refus de livrer sa propre chose, une injure grave à la mémoire du testateur. (Comp. Cass., 9 févr. 1808, Wischer, Sirey, 1808, I, 204; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*)

C'est en ce sens que nos anciens auteurs décidaient et avec raison, en général, que « celui qui a impugné le testament par les voies de droit, quoiqu'il ait succombé, ne doit pas être, pour cela, déchu des legs, qui lui ont été faits par ledit testament. » (Ricard, Part. III, n° 218; Pothier, *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 134, 3°.)

277. — Faut-il voir une injure grave à la mémoire du testateur dans le fait, de la part du légataire institué par un premier testament, d'avoir détruit un testament postérieur?

La Cour de Bordeaux a décidé la négative, par ce motif, que nous avons expliqué (*supra*, n° 273), à savoir : *que ce ne serait pas là s'être rendu coupable d'un délit commis envers le testateur; que ce serait seulement envers ses héritiers, qu'il aurait eu lieu....* » (25 juin 1846, Gay, Dev., 1846, II, 654.)

C'est là pourtant un fait bien grave, et qui n'est certes pas étranger au défunt ni à sa mémoire! aussi, ne voudrions-nous pas dire qu'il ne pourrait jamais devenir une cause de révocation; telle ne paraît pas être, non plus, la pensée de la Cour de Bordeaux, qui a motivé sa décision sur ce que le fait ne présentait pas, *dans l'espèce*, le cas prévu par l'article 1047, *d'après l'articulation telle qu'elle était formulée.* (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 212.)

Et voilà comment Pothier voyait une cause de révocation dans le fait du légataire, qui était convaincu d'*avoir empêché le testateur de retoucher à son testament.* (*Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 134, 3°.)

278. — Nous avons exprimé déjà l'opinion que les causes d'indignité, en matière de succession ab intestat,

telles qu'elles sont déterminées par l'article 727, sont distinctes des causes de révocation, en matière de legs, telles qu'elles sont déterminées par les articles 1046 et 1047. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n°s 218 et 262.)

Et nous croyons devoir maintenir notre doctrine, malgré une décision contraire, qui a été rendue, depuis, par la Cour de Lyon. (12 janv. 1864, Crepin, Dev., 1864, II, 28; et *J. du P.*, 1864, p. 429; ajout. Delvincourt, t. II, p. 97, note 8; Vazeille, art. 1047, n° 3; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 355, note *a*; Troplong, t. II, n° 581; *Revue du Notariat et de l'Enregistr.*, 1865, p. 123.)

Comment admettre, en effet, que ces deux ordres de dispositions se puissent confondre, lorsqu'on voit que le même fait, à savoir: l'attentat à la vie du *de cujus*, est soumis, par l'article 727, comme cause d'indignité, en matière de succession légitime, à des conditions différentes de celles, auxquelles il est soumis, par l'article 1046, en matière de testament!

Ajoutons que les articles 1046 et 1047 ne font aucune distinction entre les diverses espèces de legs, et qu'ils sont, en conséquence, applicables aux legs universels, soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas d'héritiers à réserve, aussi bien qu'aux legs à titre universel ou à titre particulier. (Comp. Toullier, t. III, n° 361; Duranton, t. VIII, n° 355; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 313; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 282; Colmet de Santerre, t. IV, p. 201 *bis*, IV.)

279. — C'est pourquoi nous ne pensons pas que le défaut de dénonciation du meurtre du défunt puisse être considéré, contre le légataire, comme une cause de révocation en vertu de l'article 727, qui ne lui est pas applicable.

Ce défaut de dénonciation ne pourrait être une cause de révocation du legs, qu'en vertu de l'article 1047, et sous

la condition dès lors qu'il constituerait, à raison des circonstances particulières du fait, une injure grave à la mémoire du testateur.

Nous serions, en général, disposé, d'ailleurs, à admettre cette appréciation, s'il s'agissait d'un légataire universel, surtout dans le cas où il aurait la saisine, aux termes de l'article 1006. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 640 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 201 *bis*, IV.)

280. — *b.* — Les causes, que nous venons d'exposer, *seront admises*, disent nos textes, (art. 1046, 1047), *pour la demande en révocation des dispositions testamentaires.*

D'où il résulte que la révocation des legs, comme celle des donations entre-vifs, n'a pas lieu de plein droit ; c'est-à-dire qu'il faut appliquer aussi l'article 956, quoique les articles 1046 et 1047 n'y renvoient pas explicitement. (Comp. le tome III, n°s 590 et suiv.)

281. — Il y a, toutefois, un cas où les dispositions testamentaires ne sont pas seulement révocables judiciairement, mais se trouvent révoquées de plein droit ; c'est celui de l'article 299, qui porte que l'époux, contre lequel le divorce, (ou la séparation de corps,) aura été admis, perdra tous les avantages, que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté.

Nous avons expliqué, en effet, que ces mots : *tous les avantages*, comprennent les dispositions testamentaires aussi bien que les donations entre-vifs. (Comp. *infra*, n° 288 ; notre *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, n° 527 *bis*.)

282. — Mais à part cette hypothèse exceptionnelle, il faut qu'une demande en révocation soit formée en justice contre le légataire.

Dans quel délai ?

La réponse n'est pas facile ! et nous voici à l'endroit le plus obscur peut-être de ce sujet. (*Supra*, n° 270.)

Ce n'est pas, il est vrai, pour le cas où la demande est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, que l'on peut être embarrassé; l'article 1047, en effet, fixe alors nettement *le délai à une année, à compter du jour du délit.*

Et encore, même dans ce cas, ne s'accorde-t-on pas sur le point de savoir si le délai doit toujours courir à compter du jour du délit, ou s'il ne doit courir qu'à compter du jour où les héritiers du testateur auront pu en avoir connaissance.

Quelques jurisconsultes, s'attachant à la lettre même du texte, font invariablement commencer le délai à compter du jour du délit. (Comp. Cass., 24 déc. 1827, Chantereau, D., 1828, I, 72; Coin-Delisle, art. 1046, n° 47, Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 201 *bis*, III).

Mais nous croyons, au contraire, que le délai ne peut commencer à courir, contre les héritiers, qu'à compter du jour où ils en ont eu connaissance; car les héritiers ne pouvaient pas agir avant de savoir! l'article 957 nous paraît fournir une analogie décisive en faveur de cette solution, si juridique en même temps que si équitable et si morale! (Comp. art. 1304, Cod Nap., et 488 du Cod. de Proc.; le tome III de ce *Traité*, n° 686; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 355, note *a;* Vazeille, art. 1047, n° 1; Duranton, t. IX, n° 480; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 213; Taulier, t. IV, p. 185.)

283. — Les auteurs dissidents conviennent eux-mêmes que, si le testament était demeuré inconnu à l'héritier, le délai d'un an ne commencerait à courir contre lui que du jour où il en aurait eu connaissance. (Comp. Coin-Delisle, art. 1046, 1047, n° 6.)

Tel est aussi tout à fait notre sentiment.

Mais alors nous demandons pourquoi le délai serait suspendu dans un cas et point dans l'autre!

Et comment il se ferait que l'ignorance de l'injure ne

l'empêcherait pas de courir, tandis que l'ignorance du testament l'empêcherait !

284. — Quelle est la durée de l'action en révocation, dans le cas de l'article 1046, c'est-à-dire lorsqu'elle est fondée sur des faits d'indignité commis envers le testateur lui-même ?

Nous croyons, en ce qui nous concerne, que la durée en est aussi d'un an, comme dans le cas de l'article 1047, et qu'il n'y a de changé que le point de départ.

En d'autres termes, il faut, suivant nous, appliquer purement et simplement l'article 957.

Cette doctrine, toutefois, est fort contestée ; et des jurisconsultes, d'une autorité considérable, enseignent, au contraire, que l'action en révocation dure alors trente ans, suivant le droit commun ; à moins, ajoutent quelques-uns, qu'elle n'ait pour cause un attentat contre la personne du testateur ; auquel cas, ils décident que la durée en est la même que celle de l'action criminelle ou correctionnelle :

1° Si le législateur, dit-on, avait voulu appliquer ici le délai d'un an, il aurait rappelé l'article 957 dans l'article 1046, comme il a rappelé les articles 954 et 955 ; or, tout au contraire ! il ne le mentionne pas ; on ne saurait donc, en présence d'un renvoi *formel* aux articles 954 et 955, admettre un renvoi *tacite* à l'article 957.

2° Cette première preuve se trouve confirmée par l'historique des travaux préparatoires.

L'article 123 du projet, correspondant à l'article 1047, était d'abord ainsi conçu :

« Si la demande est fondée sur le fait que le légataire était auteur ou complice de la mort du testateur, l'héritier doit la former dans l'année, à compter du décès du testateur, si la condamnation du légataire est antérieure, et à compter du jour de la condamnation, si elle est postérieure.

« Si elle est fondée sur une injure grave faite à la mé-

moire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 259.)

M. Treilhard fit observer qu'il serait contre l'ordre de laisser un assassin jouir des dépouilles de sa victime, par cela seul qu'il n'aurait pas été recherché pendant un an.

A la suite de cette observation, M. Tronchet demanda que « l'action en déchéance contre le légataire eût la même durée que l'action en poursuite du crime, qu'il a commis. »

Et, en conséquence, le conseil d'État retrancha la première partie de l'article (Locré, *loc. supra cit.*, p. 260, 261).

Ce qui prouve clairement qu'il n'a pas, en effet, voulu limiter à un an l'action de l'héritier pour des faits antérieurs au décès.

3° Et pourquoi l'action fondée sur des faits antérieurs au décès, a-t-elle une durée plus longue que l'action fondée sur des faits postérieurs ?

C'est qu'il y a, dit Troplong, *un grave motif de différence!*

Dans le cas de l'article 1047, il s'agit d'un fait d'ingratitude ; et l'action, qui sévit contre ce méfait, étant véritablement pénale, doit être de courte durée ;

Tandis que, dans le cas de l'article 1046, l'action n'est pas pénale ; elle est fondée sur le changement de volonté du testateur, sur une révocation remontant à ce dernier et produisant les mêmes effets que la déchirure du testament et la révocation expresse ; par là, on se trouve ramené au droit commun. (T. IV, n° 2204 ; comp. Malleville, art. 1046 ; Vazeille, *des Prescriptions*, n° 725 ; Coin-Delisle, art. 1046, n° 5 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 355, note *a* ; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 296 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 307 ; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1710).

285. — Ces motifs ne sont, à notre avis, nullement concluants ; et nous croyons pouvoir y répondre :

1° Que fait l'article 1046, en renvoyant à l'article 955? il applique purement et simplement aux dispositions testamentaires les causes de révocation, que cet article applique aux donations entre-vifs ; et par cela même que ce renvoi est pur et simple, il comprend nécessairement tous les autres articles, au moyen desquels le législateur a organisé ces causes de révocation, dans leur application à la donation entre-vifs.

Est-ce que l'article 1046 renvoie à l'article 956 ? non !

Et à l'article 958 ? pas davantage !

Or, pourtant, ces deux articles sont applicables à la révocation des legs pour cause d'indignité. (*Supra,* n° 280; et *infra,* n° 294.)

Donc, il y a même raison pour appliquer aussi l'article 957 !

L'article 1047, que l'opinion contraire invoque, en fournit lui-même la preuve; car précisément, il consacre la règle du délai d'un an, par l'application qu'il en fait à une hypothèse particulière ; et on comprend, en effet, que le législateur ait cru bon de s'en expliquer pour cette hypothèse.

Dans l'article 1047, il s'agit d'une cause de révocation, à laquelle ne s'appliquait ni l'article 955, ni l'article 957; puisque les causes d'ingratitude, qui peuvent autoriser la révocation des donations entre-vifs, sont nécessairement antérieures au décès du donateur (*supra,* n° 271), et que l'article 1047 autorise, au contraire, la révocation des legs pour des causes postérieures au décès du testateur.

Eh bien ! le législateur a voulu assimiler les deux hypothèses, quant au délai dans lequel l'action devrait être intentée ; et il a eu certes bien raison de les assimiler ! car, on ne saurait trouver, entre elles, aucun motif de différence ! est-ce que l'injure faite à la mémoire du testateur

par le légataire, *après* avoir reçu le bienfait, est moins coupable que l'injure faite par lui au testateur, *avant* d'avoir encore rien reçu? mais c'est tout le contraire! et si l'action en révocation ne dure qu'un an dans le premier cas, est-il possible qu'elle dure trente ans dans le second cas!

La différence, que Troplong présente comme *si grave*, nous paraît, au contraire, tout à fait inadmissible! La révocation judiciaire, de quelque cause qu'elle procède, antérieure ou postérieure au décès, est, en effet, toujours fondée sur la présomption que le testateur n'aurait pas persévéré dans sa volonté bienfaisante envers un légataire indigne; et, à considérer l'action en révocation dans la main de ses héritiers, elle est pénale dans le cas de l'article 1046 tout autant que dans celui de l'article 1047; car, cette action, exercée par les héritiers du testateur, qui n'ont pas, eux, la faculté de révoquer le testament, a certainement, dans les deux cas, la même origine et le même caractère.

Ajoutons qu'en limitant à un an la durée de cette action spéciale, le législateur a considéré aussi que l'héritier devenait lui-même indigne, et ne méritait plus qu'on la lui accordât, lorsqu'il avait tardé, pendant toute une année, à demander cette réparation pour la mémoire de son auteur; or, ce motif existe dans tous les cas; de sorte que la situation, de quelque côté qu'on l'envisage, apparaît, en effet, toujours la même!

2° Et voilà pourquoi le législateur a appliqué à l'action en révocation, en matière de testament, le même délai d'un an qu'en matière de donation entre-vifs.

C'est que les faits, d'où cette action procède, étant, dans les deux cas, tout à fait semblables, il était logique de les gouverner, en effet, dans les deux cas, par des règles semblables.

3° Cette démonstration nous paraît complète; et, au point où nous en sommes, l'argument, que l'on a déduit

de l'incident, qui a eu lieu dans la discussion du conseil d'État, ne saurait l'ébranler.

Nous remarquerons d'abord que la première partie de l'article du projet qui a été retranchée, ne s'appliquait qu'à l'hypothèse spéciale d'un attentat commis par le légataire à la vie du testateur; il n'y était pas question des sévices, délits ou injures graves; de sorte que cette cause de révocation, quoique antérieure au décès, devrait toujours demeurer sous l'empire de la règle, qui limite l'action à un an; et voilà, en effet, ce qu'enseignent eux-mêmes plusieurs des jurisconsultes dissidents. (Duranton, t. IX, n° 479; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 214, 215.)

Mais cette distinction est, à notre avis, inadmissible. Quels qu'aient pu être les incidents de la discussion, c'est le texte, tel qu'il en est finalement sorti, qui demeure notre loi; or, le texte des articles 1046 et 1047 nous paraît nettement fixer, dans tous les cas, à un an, la durée de cette action en révocation!

Nous avons d'ailleurs remarqué déjà que le législateur avait précisément évité, au contraire, de subordonner ces sortes d'actions aux principes particuliers de l'action criminelle ou correctionnelle (*voy.* le tome III de ce *Traité*, n°s 660, 661 et 662; comp. Amiens, 16 juin 1821, Gauthier, Sirey, 1822, II, 155; Cass., 26 déc. 1827, Chantereau, D., 1828, I, 72; Delvincourt, t. II, p. 87; Colmet de Santerre, t. IV, n° 201 *bis*, I et II).

286. — C'est surtout quand il s'agit de déterminer le point de départ de la durée de l'action en révocation, que la doctrine, qui repousse l'application à notre matière de l'article 957, nous paraît inadmissible.

D'après l'article 957, le délai d'un an commence à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur; et nous avons vu que l'action a, dans la main des héritiers du donateur, la même durée, ni plus ni moins, que dans celle du donateur lui-même; de sorte que, si

elle n'a pas été intentée par lui, ses héritiers n'ont, pour l'intenter, que le reste de l'année, qui aurait commencé à courir de son vivant. (*Voy.* le tome III de ce *Traité*, n° 685.)

Eh bien! la doctrine, que nous combattons, soutient que ce point de départ est inapplicable à la durée de l'action en révocation des legs, dans le cas de l'article 1046, c'est-à-dire lorsque l'action est fondée sur des faits d'indignité commis envers le testateur lui-même; et elle décide que le délai de l'action en révocation ne commence, dans ce cas, à courir que du jour du décès du testateur. (Comp. les citations *supra*, n° 284.)

Mais ceci nous paraît véritablement intolérable!

Comment! le délai d'un an court pendant la vie du donateur offensé; et il ne courrait pas pendant la vie du testateur!

C'est *a fortiori*, au contraire, que le délai doit courir pendant la vie du testateur; car, s'il court pendant la vie du donateur, qui est dessaisi, et qui ne peut reprendre ses biens qu'en formant une instance judiciaire, il doit certes courir, pendant la vie du testateur, qui peut seul, à son gré, d'un trait de plume, révoquer son testament!

Du donateur, qui laisse écouler le délai d'un an, sans agir en révocation contre le donataire, on ne peut pas toujours dire qu'il pardonne; peut-être n'a-t-il voulu qu'éviter l'éclat et le scandale d'un tel procès.

Mais le testateur, qui laisse passer l'année sans révoquer son legs, oh! nous pouvons affirmer qu'il a fait remise de l'offense!

En vain, M. Bayle-Mouillard objecte que « *trop de personnes répugnent à l'excès à s'occuper de leurs dispositions testamentaires, pour que l'on puisse voir, dans cette inaction, autre chose qu'une simple probabilité.* » (Sur Grenier, t. III, n° 355, note *a*.)

Nous ne saurions être touché de cette observation du savant magistrat; d'où il résulterait que l'on ne devrait

tenir aucun compte de la persévérance, même la plus prolongée, que le testateur aurait montrée dans ses dispositions, et qu'il y aurait lieu de les révoquer judiciairement, après sa mort, pour une injure commise envers lui, plus de quinze ans, ou même plus de trente ans en arrière, dans le passé !

Oui ! Duranton irait jusque-là ; car il enseigne que « *le temps, quel qu'il soit, qui s'est écoulé depuis le délit jusqu'à la mort du testateur, ne serait pas compté contre ses héritiers.* » (T. XX, n° 480.)

Et pourquoi donc ?

Parce que, dit-il, *le droit de révoquer à volonté appartenait au testateur !*

Mais c'est précisément pour cela que le délai a dû commencer à courir de son vivant !

Duranton, qui applique lui-même l'article 957 à notre matière, se trouve ici empêché par une idée de *prescription ;* il lui semble inadmissible que la prescription d'une action en révocation puisse courir contre le testateur, qui est libre de révoquer à volonté.

La réponse est bien simple !

C'est que cette prétendue prescription n'en est pas une ! (*voy.* le tome III, n° 666) ; il n'y a là qu'une présomption de pardon ; or, si on induit cette présomption du fait que le donateur n'a pas agi en révocation dans le délai d'un an, on doit, à plus forte raison, l'induire du fait que le testateur a laissé passer une année, sans révoquer son legs !

Aussi, telle est la puissance de la logique, qu'elle ramène Duranton lui-même à cette solution ; et il enseigne, en effet, dans un autre passage, que, *si le testateur ne révoque pas son legs dans l'année du délit, il serait raisonnable de décider, par analogie de l'article* 957, *qu'il est censé avoir fait remise de l'offense* (t. IX, n° 477; *voy.* aussi, Coin-Delisle, art. 1046, n° 8).

Nous adhérons, certes, tout à fait !

Mais ce n'est pas seulement *par une analogie déduite de l'article* 957; c'est par une application directe de cet article même, qui est en effet, suivant nous, directement applicable aux dispositions testamentaires. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 213, 214.)

287. — Le testateur peut, du reste, pardonner l'injure et enlever ainsi l'action en révocation à ses héritiers, non-seulement en laissant passer une année sans révoquer son testament, mais de toute autre manière encore, soit expresse, soit tacite.

Ce serait, bien entendu, au légataire à en fournir la preuve. (L. 2, ff. *de Probat.*; art. 1315.)

Mais il la pourrait d'ailleurs fournir par tous les moyens, par des lettres à lui adressées, ou même par témoins; car, il ne s'agit d'établir qu'un fait de réconciliation. (Arg. de l'article 274; comp. le tome III, n° 274; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 355, note *a*; Duranton, t. IX, n° 476; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1709.)

288. — Il y a un cas, toutefois, où le légataire ne devrait pas, suivant nous, être admis à prouver que le testateur lui a pardonné; c'est celui de l'article 299, où la révocation aurait été la conséquence de la séparation de corps prononcée contre lui, sur la demande de son conjoint. (*Supra*, n° 281.)

La disposition testamentaire, en effet, n'est pas alors seulement devenue *révocable judiciairement;* elle a été *révoquée légalement*, de plein droit; c'est-à-dire qu'elle n'existe plus aux yeux de la loi; et nous croyons, en conséquence, qu'elle ne peut revivre que par une nouvelle manifestation de volonté, avec toutes les solennités testamentaires; on peut voir, dans notre *Appendice à la loi du* 31 *mai* 1854, *abolitive de la mort civile*, n° 29, une hypothèse, qui présente, avec celle-ci, beaucoup d'analogie (comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois*, etc.).

Il est vrai que M. Bayle-Mouillard a enseigné une solution contraire (sur Grenier, t. III, n° 955, note *a*).

Mais cette solution n'est que la conséquence d'une doctrine plus générale du savant magistrat, qui pense que la réconciliation des époux *fait revivre les avantages matrimoniaux, que la séparation avait annulés de plein droit.*

Or, nous avons pensé, au contraire, que les avantages révoqués par la séparation, ne revivaient pas de plein droit (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n[os] 543, 544).

Et nous sommes, dès lors, nous-même, fidèle à notre doctrine, en décidant que les avantages testamentaires ne revivent pas plus, de plein droit, que les avantages matrimoniaux; car, l'article 299 n'a pas fait de différence entre les uns et les autres.

289. — Faut-il appliquer à l'action en révocation des legs pour cause d'indignité, la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum. perpetua sunt ad excipiendum?*

En d'autres termes, l'héritier peut-il, même après plus d'un an, et tant que le legs n'est pas exécuté, opposer à la demande en délivrance formée contre lui par le légataire, une demande en révocation, par voie d'exception

Plusieurs jurisconsultes enseignent la négative; et le motif principal, qu'ils en donnent, c'est que, *après la prescription acquise contre les poursuites d'un crime ou d'un délit, il n'est pas permis d'en faire la preuve par la voie civile* (Coin-Delisle, art. 1046, n° 7; Bayle-Mouillard sur Grenier, t, III, n° 355, note *a*; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1711; Duranton, t. IX, n° 481).

Mais ce motif ne s'appliquerait qu'à ceux des faits, qui peuvent donner lieu à des poursuites criminelles ou correctionnelles; et encore, en admettant, ce que nous n'avons pas admis, pour notre part, que l'ac-

tion en révocation soit liée à l'action publique (*supra*, n° 285).

Il nous est donc difficile de croire que l'application de la maxime : *quæ temporalia*, etc., soit ainsi suffisamment écartée; et il semble qu'on devrait d'autant plus l'admettre en cette matière, que beaucoup de considérations, et des plus respectables, peuvent empêcher l'héritier d'aller au-devant d'un tel procès, toujours si pénible, tant qu'il peut espérer que le légataire, se faisant lui-même justice, ne demandera pas la délivrance du legs. (Comp. Delvincourt, t. II; Vazeille, art. 1038, n° 8; Taulier, t. IV, p. 185.)

290. — Si cette solution est exacte, comme nous le croyons, il faut l'appliquer aussi au cas où le legs serait subordonné à une condition suspensive; en réservant à l'héritier le droit de demander la révocation pour cause d'indignité, tant que la condition ne serait pas accomplie. (Art. 1040, 1041 ; comp. Duranton, t. IX, *loc. supra cit.*)

Au reste, nous examinerons, plus tard, le fondement juridique et l'étendue d'application de la maxime, dont il s'agit (sur l'article 1304).

291.— On a remarqué que, si les héritiers (ou autres débiteurs du legs) l'avaient délivré en connaissance de cause, c'est-à-dire sachant bien l'indignité du légataire, ils ne pourraient plus ensuite former contre lui une action en révocation.

Cela nous paraît, en effet, certain; car une fois que cette action est ouverte à leur profit, rien ne s'oppose à ce qu'ils y renoncent. (Arg. de l'article 1338; comp. Duranton, t. IX, n° 478 ; Coin-Delisle, art. 1046, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 355, note *a*.)

292. — *c*. Par qui et contre qui peut être intentée l'action en révocation des dispositions testamentaires pour cause d'indignité ?

C'est notre troisième question (*supra*, n° 270).

La réponse nous paraît se trouver dans l'article 957,

qui, en accordant cette action aux *héritiers* du donateur, consacre implicitement cette règle de droit commun, à savoir : que ceux-là ont qualité pour l'intenter qui y ont intérêt.

La révocation peut donc être demandée par toute personne, qui, étant chargée de l'acquittement du legs, devra, en conséquence, profiter de la révocation : soit par les héritiers légitimes, ou les légataires universels ou à titre universel, si le legs est à leur charge ; soit même par un légataire particulier, qui s'en trouverait chargé.

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, enseignent, au contraire, que cette action ne peut être intentée que par les successeurs universels, qui représentent la personne du testateur. (T. VI, p. 212 ; comp. Alban d'Hautuille, *Essai sur le droit d'accroissement*, p. 188 et suiv. ; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1708.)

D'où il résulterait que l'action serait accordée à ceux qui n'en pourraient pas recueillir le bénéfice pécuniaire, et qu'elle serait refusée à ceux qui en devraient recueillir le bénéfice ; c'est-à-dire que ceux qui auraient qualité, n'auraient pas intérêt, et que ceux qui auraient intérêt, n'auraient pas qualité ! (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 690.)

Qu'un donateur soit recevable à exercer l'action en révocation pour cause d'ingratitude contre le donataire, alors même que le bénéfice ne devrait pas lui en revenir, cela n'est pas impossible ; et nous croirions, en effet, qu'il en serait ainsi, dans le cas où l'action, si elle ne pouvait pas être exercée par lui, ne pourrait l'être par aucun autre. (Comp. *infra*, n° 638.)

Mais ce qui ne nous paraît pas admissible, c'est que l'action soit refusée à ceux qui doivent en recueillir le bénéfice, lorsque d'ailleurs rien ne s'oppose à ce que cette action puisse être exercée par eux. (Comp. Duranton, t. IX, n° 482 ; Coin-Delisle, art. 1046, n° 10 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 354, note *a* ; Troplong, t. IV, n° 2202.)

295. — Nous croyons aussi, par application de l'arti-

cle 957, que la révocation pour cause d'indignité ne peut être demandée que contre le légataire, et qu'elle ne peut pas l'être contre ses héritiers. (Comp. le tome III de ce *Traité*, nos 678, 679.)

Les jurisconsultes, qui refusent d'appliquer l'article 957 à l'action en révocation des legs pour cause d'indignité, en ce qui concerne sa durée, ne se sont pas expliqués (nous ne l'avons pas vu, du moins), sur cette question de savoir contre qui elle peut être intentée. (*Supra*, n° 284.)

Et nous le regrettons !

Diraient-ils aussi que l'action ne peut être intentée que contre le légataire? mais alors ils appliqueraient eux-mêmes l'article 957.

Et, s'ils persistaient à ne pas vouloir l'appliquer, il leur faudrait, en accusant le législateur d'une véritable inconséquence, décider que cette action, toute pareille à celle de l'article 957, et pénale tout autant qu'elle, peut être exercée contre les héritiers du légataire ; tandis que l'action en révocation de la donation pour cause d'ingratitude ne peut pas être exercée contre les héritiers du donataire !

294. — *d.* Quant aux effets de la révocation des legs pour cause d'indignité, nous demeurerons conséquent avec notre prémisse, en décidant qu'ils sont réglés par l'article 958, auquel l'article 1046 renvoie implicitement (*supra*, nos 284,285).

C'est-à-dire que la résolution a lieu *ut ex tunc*, comme du jour de la demande, et non pas *ut ex nunc*, comme du jour de l'ouverture du legs.

Entre l'héritier donc ou tout autre débiteur du legs et le légataire, les fruits ne sont dus qu'à compter du jour de la demande. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 713; et notre *Traité des Successions*, t. I, n° 309; Lyon, 12 janv. 1864, Crepin, Dev., 1864, II, 28; et *J. du P.*, 1864, p. 429.)

295. — Et, à l'égard des tiers, nous pensons que la révocation ne doit préjudicier ni aux aliénations faites par le légataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles, qu'il aura pu imposer sur les choses léguées. (Arg. des articles 1046 et 958; *voy.* le tome III, n° 697.)

Et même, il n'y aurait pas lieu d'admettre ici la restriction, d'après laquelle l'article 958 exige que le tout soit antérieur à l'inscription, qui aurait été faite de la demande en révocation, en marge de la transcription; puisque les dispositions testamentaires ne sont pas soumises à la transcription, lors même qu'elles ont pour objet des biens susceptibles d'hypothèques.

Nous appliquons, d'ailleurs, en ce qui concerne les aliénations de meubles, corporels ou incorporels, que le légataire aurait faites, les mêmes règles, que nous avons appliquées, en ce qui concerne ces aliénations, lorsqu'elles ont été faites par le donataire entre-vifs, contre lequel la révocation a été prononcée pour cause d'ingratitude. (Comp. le tome III, n° 704.)

296. — La solution, qui précède, doit être, suivant nous, la même pour tous les legs, soit universels, soit particuliers.

MM. Aubry et Rau, toutefois, la restreignant au legs particulier, enseignent que, en matière de legs universels ou à titre universel, les effets de la révocation ne remontent pas au jour de la demande, et qu'ils ne datent que du jour du jugement, qui l'a prononcée. (T. VI, p. 213.)

Leur motif est que les légataires universels ou à titre universel, sont *loco hæredum;* et qu'ils doivent être, dès lors, traités comme les héritiers exclus pour cause d'indigni é; or, disent-ils, les effets de l'indignité ne remontent pas au delà du jugement, qui la prononce.

Nous répondons :

1° Que les effets de l'indignité remontent au delà du jugement; c'est ce que nous croyons avoir démontré (dans notre *Traité des Successions*, t, I, n° 310);

2° Que cette distinction entre les différentes espèces de legs, est, en outre, contraire au texte même des articles 1046 et 1047 (*supra*, n° 278).

§ 2.

De la caducité des testaments.

SOMMAIRE.

297. — Exposition. — Division.
298. — A. — Des causes de caducité, qui proviennent de la personne du légataire.
299. — 1° Le prédécès du légataire, avant le testateur, est une cause de caducité. — Explication.
300. — Suite.
301. — Suite. — *Quid*, si le legs a été fait en faveur d'une personne *et de ses enfants*.... ou *de ses héritiers?*
302. — Des legs, qui sont faits à des personnes morales, qui ne meurent pas.
303. — L'article 1039 est applicable à tous les legs. — Des legs rémunératoires.
304. — Suite. — Des legs colorés sous la forme d'une reconnaissance de dette.
305. — S'il est nécessaire que le légataire ait survécu au testateur, il suffit qu'il lui ait survécu. — Explication.
306. — Suite. — Est-ce l'héritier du légataire, qui doit prouver que celui-ci a survécu au testateur?
307. — Suite.
308. — Exposition de la thèse du *dies cedit* et du *dies venit*. — Quelle est l'époque de l'ouverture du legs, lorsqu'il est à terme, ou sous une condition, soit suspensive, soit résolutoire?
309. — Suite. — Définition du terme certain; — de la condition suspensive; — et du terme incertain. — Effets de ces trois sortes de modalités dans les legs.
310. — Suite.
311. — Suite.
312. — Suite.
313. — Suite.
314. — Suite.
314 *bis*. — Suite.
315. — Le légataire conditionnel peut exercer des actes conservatoires, avant l'accomplissement de la condition.
316. — Suite. — Ne pourrait-il pas même demander une caution aux personnes chargées d'acquitter le legs?
317. — *Quid*, si le legs est fait sous une condition potestative négative? — La caution mucienne existe-t-elle encore dans notre Droit?
318. — Suite.
319. — *Quid*, si le legs est fait sous une condition potestative affirma-

297. — Ce mot : *caducité,* est technique dans notre matière; il désigne certaines causes, par suite desquelles une disposition testamentaire, quoique valable et non révoquée, ne produit pas néanmoins d'effet et *tombe,* pour ainsi dire : « *Caducum appellatur, veluti cecidit ab eo.* » (Ulpien, *Regul.*, tit. XXII, § 1).

Les causes de caducité sont, d'après notre Code, de deux sortes; et elles proviennent :

A. — Soit de la personne du légataire.

B. — Soit de la chose léguée.

298. — A. — De la part du légataire, la disposition testamentaire peut être caduque :

1° Par son prédécès;

2° Par son incapacité;

3° Par son refus de recueillir.

299. — 1° Aux termes de l'article 1039 :

« La disposition testamentaire sera caduque, si celui « en faveur de qui elle est faite, n'a pas survécu au tes« tateur. »

C'est que la libéralité est essentiellement personnelle, comme l'affection, qui la produit! et elle ne peut, dès lors, s'ouvrir qu'au profit de celui-là même, qui seul en était l'objet; ce n'est donc que de son chef, et par conséquent après qu'il l'a recueillie, que ses héritiers peuvent en profiter.

On dit souvent que ce principe est spécial aux testaments; mais cette formule n'est pas irréprochable; et la vérité est qu'il est applicable aux donations entre-vifs aussi bien qu'aux testaments. (Comp. le tome III n° 204.)

Seulement, les conséquences en sont différentes, par

suite de la différence même qui existe entre l'un et l'autre mode de disposer; la donation entre-vifs, en effet, saisissant actuellement le donataire, il n'est pas besoin qu'il survive au donateur pour transmettre à ses héritiers la chose donnée; tandis que le legs ne s'ouvrant que par la mort du testateur, la survie du légataire est indispensable, pour qu'il en soit saisi. (Comp. L. 5, ff. *Quando dies legat. ced.;* Ordonn. de 1748, art. 20).

300. — Aucun droit ne saurait donc appartenir aux héritiers du légataire, ou plutôt, comme dit notre texte, *à celui en faveur duquel la disposition a été faite*, s'il n'a pas survécu au testateur.

A ses héritiers, disons-nous, quels qu'ils soient, pas même à ses enfants!

Et c'est en vain, par exemple, qu'après le prédécès de l'un des deux légataires, auxquels une même chose aurait été léguée conjointement, on voudrait empêcher l'accroissement au profit du légataire survivant, en soutenant que le légataire prédécédé est représenté par des enfants, qui avaient à l'affection du testateur les mêmes droits que le légataire survivant.

Il suffirait de répondre que la représentation, qui a lieu dans les successions ab intestat, n'a pas lieu dans les libéralités testamentaires. (Comp. Poitiers, 6 janv. 1864, Guilbout, D., 1864, II, 137.)

301. — Mais, pourtant, si le testateur avait fait la disposition en faveur d'un tel, *ou de ses enfants.... ou des siens.... ou de ses héritiers!*

Il faut distinguer :

Suppose-t-on que le testateur, en s'exprimant ainsi, a voulu appeler, à défaut du légataire en premier ordre, *ses enfants.... ses héritiers.... les siens?* ceux-ci seront alors, en effet, légataires eux-mêmes, en vertu de cette substitution vulgaire (art. 898; comp. Douai, 11 mai 1863, Hobacq., Dev., 1363, II, 167; et *J. du P.*, 1863, p. III; Bourges, 28 juill. 1863, Massé, D., 1863, II, 223; Toul-

lier, t. III, n° 672; Grenier, t. III, n° 348; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 197).

Mais il se peut aussi que le testateur, en employant ces formules, n'ait eu d'autre intention que d'exprimer l'effet ordinaire du legs, et qu'il entendait le faire au profit de son légataire, de manière à ce que celui-ci devînt propriétaire incommutable de la chose léguée, pour la transmettre à ses enfants, aux siens, à ses héritiers; et alors, cette formule, n'étant pas dispositive, n'empêcherait pas que le legs n'eût été fait uniquement à la personne du légataire : « *sic ut adjectio illa : pro se et hæredibus, nihil disponat, sed superflua plane sit* . » (Voet, *ad Pandect.*, *Quando dies legat. ced.* n° 1 ; comp. Arrêt du Parlement de Paris du 23 juin 1671, *J. du P.*, t. I, p, 124; Troplong, t. IV, n° 2133.)

Ce n'est donc là qu'une question d'interprétation.

Ce que nous croyons, en général, c'est que l'on ne doit pas facilement présumer que ces formules vagues soient dispositives.

Et nous ajoutons que, dans le cas où il est reconnu qu'elles le sont, et que le testateur, en mentionnant les héritiers du légataire, a entendu les appeler eux-mêmes comme légataires, on doit, sauf les circonstances particulières, présumer que cette vocation ne s'applique qu'aux héritiers du premier degré. (Comp. A. Dalloz, *Dictionn.*, *h. v.*, n° 200.)

302.— « Il y a, dit Pothier, certains legs, qui ne sont pas sujets à s'éteindre par la mort du légataire. »

Et il cite :

1° Ceux qui sont faits à des corps ou à des communautés, qui ne meurent point;

2° Ceux qui sont faits à quelqu'un, non en tant qu'il est une telle personne, mais en tant qu'il a un certain titre, qui ne meurt pas non plus. (*Des Donat. testam.*, chap. VI, sect. III, § 2.)

Cette proposition est d'évidence!

J'ai fait un legs au couvent des Bénédictines de Rouen; peu importe que les religieuses, qui le composent, viennent toutes à décéder avant moi; c'est le couvent lui-même, qui est légataire. (*Voy.* notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, t. II, nos 400, 401).

Ou bien, j'ai fait un legs au curé de ma paroisse, ou au maire de ma commune; et la personne, qui était revêtue de ce titre, lors de la confection de mon testament, est morte avant moi; peu importe encore; le titre lui-même est toujours là!

« *Quod Principi relictum est, qui, antequam dies legati* « *cedat, ab hominibus ereptus est, successori ejus debetur.* » (Gaius, L. 56, ff. *de Legat.* 2°.)

Toutefois, il en serait autrement, et le legs devrait être considéré comme fait à la personne et non pas au titre, dont elle était revêtue, si le testateur avait avec elle, en effet, personnellement, des relations de parenté ou d'amitié, qui prouveraient que c'était à elle, et non pas à sa fonction, que le legs a été fait; les termes du testament, la nature et l'importance du legs, et toutes les autres circonstances serviraient à décider cette question d'interprétation (comp. *supra*, n° 106).

On voit d'ailleurs que cette hypothèse ne fait pas exception à notre principe; car si ces sortes de legs ne s'éteignent pas par le prédécès du légataire, c'est que ces légataires-là, en général, ne prédécèdent pas!

Et la preuve qu'ils demeurent eux-mêmes sous l'empire du principe, c'est que les legs à eux faits deviendraient aussi caducs, s'il arrivait que ces légataires cessassent d'exister avant la mort du testateur, par la suppression du titre ou de la communauté, ou de toute autre manière.

Paul a fait un legs au couvent des Bénédictines de sa ville; et, avant sa mort, le couvent des Bénédictines a cessé d'existér; le legs sera caduc! (Arg. de l'article 906; comp. le tome I, n° 580; Brillon, v° *Legs*, nos 1111, 1115,

et 1116; Ricard, Part. III, nos 423 et suiv.; Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. VII, n° 3; Delvincourt, t. II, p. 93 note 3; Coin-Delisle, art. 1039, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 348, note *a*.)

303. — La disposition de l'article 1039 s'applique à tous les legs.

Même aux legs rémunératoires?

Assurément! car un legs, pour être rémunératoire, n'en est pas moins une libéralité testamentaire (*voy.* le tome II, n° 49); c'est ce qu'a décidé le Parlement de Paris, par un arrêt du 5 juin 1631, qui a rejeté la demande formée par la veuve d'un domestique, auquel un legs rémunératoire avait été fait par son maître, qui lui avait survécu. (Rec. de Bardet, t. I, liv. IV, chap. XXXII; Coin-Delisle, art. 1039, n° 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 348, note *a*; Troplong, t. IV, n° 2123.)

304. — Nous n'hésitons pas à penser aussi qu'il faut appliquer l'article 1039 aux legs colorés sous la forme d'une reconnaissance de dette; en tant que les héritiers du légataire prédécédé n'apportent pas d'autre preuve de cette dette que le testament lui-même. (Comp. *suprà*, n° 130.)

305. — S'il est nécessaire que celui, en faveur de qui le legs a été fait, ait survécu au testateur, ajoutons qu'il suffit qu'il lui ait survécu;

Ne fût-ce que d'un instant de raison!

Lors même qu'il serait mort, sans avoir accepté le legs; et bien plus, dit Pothier, *avant que d'en avoir eu connaissance!* (*Des Donat. testam.*, chap. VI, sect. III, § 1; article 1014; comp. le tome IV, n° 548.)

306. — Mais à laquelle des parties doit être imposé le fardeau de la preuve?

Est-ce l'héritier du légataire, qui doit prouver que celui-ci a survécu au testateur?

Est-ce, au contraire, l'héritier du testateur, qui doit prouver que son auteur a survécu au légataire?

Il est manifeste que c'est à l'héritier du légataire, demandeur qu'il est en délivrance, et qui affirme que le legs s'est ouvert, qu'il incombe d'en fournir la preuve. (Art. 135, 1039.)

307. — Voilà pourquoi nous avons décidé que les présomptions de survie, établies par les articles 720 et suivants, dans le titre *des Successions ab intestat*, ne peuvent, en aucun cas, être appliquées aux dispositions testamentaires. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 109; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1660; *voy.* toutefois, Coulon, *Quest. de droit*, t. V, p. 35 et suiv.)

308. — La thèse, que nous examinons, est celle de savoir à quelle époque le droit au legs s'ouvre au profit du légataire et devient transmissible à ses héritiers (comp. le tome III, n° 222).

C'est la thèse célèbre du *dies cedit* et du *dies venit;* expressions poétiques et figurées, dit fort bien notre cher et regretté collègue M. Ortolan, par lesquelles les jurisconsultes romains expriment cette double idée :

D'abord, que le *dies*, le terme fixé pour l'exigibilité du droit, commence à courir et s'avance, *cedit;* c'est le droit désormais acquis!

Ensuite, que le *dies* est arrivé, qu'il est venu, *venit;* c'est l'exigibilité elle-même! (L. 213, ff. *de Verb. signif.;* comp. *Explicat. historique des Inst.*, t. I, tit. xx, *de Legat.*, § 3.)

Tel est aussi l'objet de nos textes.

Nous venons de voir que, d'après l'article 1039, le *dies cedit*, c'est-à-dire le moment de l'ouverture et de l'acquisition du legs, est celui de la mort du testateur.

Mais, évidemment, cette disposition n'est pas générale; et elle ne saurait s'appliquer indistinctement à tous les legs.

Aussi, est-il essentiel de ne la point séparer des deux articles, qui la suivent, et qui en forment le complément indispensable.

Article 1040 : « Toute disposition testamentaire faite « sous une condition dépendante d'un événement incer- « tain, et telle que, dans l'intention du testateur, cette « disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'évé- « nement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si « l'héritier institué ou le légataire décède avant l'ac- « complissement de la condition. »

Article 1041 : « La condition, qui, dans l'intention du « testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la dis- « position, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le lé- « gataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses « héritiers. »

Ces textes ne sont que des conséquences naturelles du principe, que nous avons déjà établi.

Ce principe, c'est que le legs étant une libéralité toute personnelle, ne peut s'ouvrir qu'au profit du légataire lui-même; et que, par conséquent, il faut que le légataire existe, au moment, quel qu'il soit, de l'ouverture du legs.

Cela posé, les termes de notre thèse sont ceux-ci :

A quel moment le legs s'ouvre-t-il?

Or, il est clair que la réponse dépend du caractère du legs, et de la manière, dont le testateur a voulu le faire.

Le legs est-il pur et simple? il s'ouvre dès le jour du décès du testateur; c'est le cas de l'article 1039.

Est-il soumis à une condition suspensive? il ne s'ouvre que du jour de l'accomplissement de la condition; c'est le cas de l'article 1040.

Et s'il est seulement à terme, il s'ouvre, de même que le legs pur et simple, dès le jour du décès du testateur, sauf à n'être exigible qu'après l'échéance; c'est le cas de l'article 1041.

Il en serait de même *a fortiori*, si le legs n'était soumis qu'à une condition résolutoire; il s'ouvrirait dès le jour du décès du testateur, et serait, par conséquent,

aussi, dès ce jour, transmissible aux héritiers du légataire, sous la même condition, dont il serait affecté (art. 1183).

309. — Et maintenant, dans quels cas un legs sera-t-il pur et simple?

Et dans quels cas sous condition ou à terme?

A cet égard, il importe de bien caractériser ces trois sortes de modalités; à savoir :

Le terme, qu'on appelle *certain;*

La condition suspensive proprement dite;

Et le terme, qu'on appelle *incertain.*

Le terme est certain, lorsque ces deux choses sont, d'avance, en effet, certaines : et qu'il arrivera, et à quelle époque il arrivera ; comme, par exemple, le 1er *janvier* 1866.

Dans la condition suspensive, au contraire, ces deux choses sont incertaines; et l'on ignore non-seulement à quelle époque elle arrivera, mais même si elle arrivera; comme, par exemple, *si Paul se marie.*

Et enfin, le terme incertain a ceci de particulier, que l'une de ces deux choses est certaine, tandis que l'autre est incertaine; on peut affirmer d'avance qu'il arrivera; mais à quelle époque? on l'ignore; comme, par exemple, *quand Paul mourra.*

Il est aisé, d'après cela, de comprendre l'effet très-différent de ces trois modalités, en ce qui concerne l'ouverture et la transmissibilité du legs.

Que le terme certain n'empêche pas le legs de s'ouvrir, dès le jour du décès du testateur, cela est d'évidence! car, il ne fait qu'en suspendre l'exécution. « *Cum dies certus adscriptus est, certum est deberi.* » (L. I, § 1, ff. *de Condit. et demonstr.*)

Tout autre la condition suspensive, dont la dénomination même exprime qu'elle tient l'existence du legs en suspens!

Et, quant au terme incertain, il a, dans notre matière des testaments, cet effet singulier, qu'il s'y transforme

en une condition suspensive, faisant obstacle, non pas seulement à l'exécution, mais même à l'ouverture du legs.

De là cette maxime de Papinien :

Dies incertus conditionem in testamento facit. (L. 75, ff. *tit. supra cit.*)

C'est que, en effet, le legs ne pouvant s'ouvrir utilement qu'au profit du légataire, devient nécessairement conditionnel, dès que l'ouverture en est subordonnée à un événement, même certain, mais dont l'arrivée est incertaine, puisqu'il peut ne pas arriver du vivant du légataire! (Comp. L'excellente étude de M. Machelard : Examen de la règle : *Dies incertus conditionem in testamento facit,* Revue de législation française et étrangère, août 1873, et spécialement les numéros 39 à 47 de cette monographie.)

310. — Ces distinctions-là, d'ailleurs, ne tiennent pas précisément à la nature des choses; elles dépendent, avant tout, de *l'intention du testateur*, à laquelle notre Code, par deux fois, se réfère dans les articles 1040 et 1041.

Aussi, l'importance des formules est-elle, en ces questions, particulièrement décisive; et les variétés en sont si grandes, et les nuances si délicates, que les testateurs ne sauraient y apporter trop de soin!

D'autant plus que c'est, en effet, dans les termes mêmes du testament, que l'on doit chercher les éléments de ces interprétations. (Com. Cass., 29 juin 1874, Lescoualch, Dev., 1875, I, 293.)

Ce sont là, du reste, des questions de fait et d'espèce; ce que l'on peut dire, en général, c'est qu'il faut, pour que l'on reconnaisse, dans un legs, soit un terme certain, soit surtout une condition ou un terme incertain, que l'intention du testateur ne soit pas équivoque; il importe de se garder des conjectures de *volonté extrinsèques et éloignées;* c'est la recommandation de Furgole, qui reproche cette tendance aux auteurs conjecturaux, tels que

Mantica, Menochius, Fusarius, Peregrinus, et *autres de la même sorte*, dit-il très-durement, ou plutôt très-injustement! (Cap. VII, sect. III, n° 18; Comp., Poitiers, 24 mai 1869, Touffreau, Dev., 1869, II, 316.)

311. — Ce qui, toutefois, est nécessaire pour que le terme incertain devienne condition, c'est *qu'il affecte la substance du legs, et qu'il y soit inséparablement conjoint.*

Cette règle, dont nous empruntons la formule à Ricard (*des Disposit. condit.*, Traité II, chap. II, n° 33), est, en effet, généralement sûre. (Ajout. Furgole, chap. VII, sect. III, n° 28.)

« *Je lègue* 100 000 *fr. à Paul, lorsqu'il aura atteint sa trentième année.* »

Voilà un legs conditionel! tout se tient, en effet, dans cette disposition indivisible; et la clause, que j'y ai mise, se lie à la substance même de la disposition, dont elle est l'un des éléments constitutifs.

Paul n'aura donc droit au legs qu'autant qu'il atteindra sa trentième année.

Et nous croyons qu'on ne pourra dire qu'il l'a *atteinte*, qu'autant qu'il *y sera parvenu* et qu'il l'aura accomplie. (Comp. Agen, 20 mai 1864, Dumesnil, Dev., 1864, II, 129; et les judicieuses *Observations* de M. le conseiller Dubernet de Boscq, *h. l.*; Ricard, *loc. supra*; *voy.* toutefois Furgole, chap. VII, sect. VI, n°s 20-22; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1664.)

312. — Mais supposez que j'ai dit :

« *Je lègue à Paul* 100 000 *fr., pour lui être payés, ou qu'il recevra, lorsqu'il aura atteint sa vingt et unième année.* »

Voilà un legs à terme certain, où l'indication du temps, loin d'être inhérente à la disposition, s'en trouve, au contraire, détachée, et n'en affecte pas la substance.

Et lors même que Paul mourrait, avant sa vingt et unième année, il transmettrait le legs à ses héritiers.

Cette solution sera particulièrement vraie, lorsqu'il ap-

paraîtra que le terme a été apposé en faveur du légataire lui-même; comme si, par exemple, le testateur, en différant le payement du capital jusques à la majorité du légataire, avait ordonné que les intérêts néanmoins lui seraient dus, à compter du jour de son décès. (Comp. L. 5, Cod. *Quando dies legat. ced.;* Ricard, *loc. supra cit.*, n° 37; Duranton, t. IX, n° 297; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 151.)

313. — C'est d'ailleurs un point de doctrine constant, qu'il ne faut pas considérer comme formant condition, le terme, même incertain, qui résulte seulement soit de la nature des choses, soit des principes du droit.

L'explication en est aussi dans notre règle; il est clair, en effet, qu'un terme pareil n'affecte pas la substance du legs, puisqu'il ne se trouve pas même *écrit dans le legs*, disait Ricard (*loc. supr. cit.*).

« *Je lègue à Paul les fruits, qui naîtront de mon fonds dans l'année de mon décès... ex reditu prædiorum meorum futuri anni...* » (L. 26, ff. *Quan dies legat. ced.*)

Paul, mourant avant la récolte, n'en transmettra pas moins à ses héritiers le droit à ce legs, qui lui a été acquis, dès le jour du décès du testateur; car le testateur s'est borné à indiquer la chose léguée; et on ne trouve, dans la formule dont il s'est servi, rien qui autorise à dire qu'il a voulu faire un legs conditionnel (comp. L. 99, § 3, ff. *de Condit. et demonstr.;* Demante, t. IV, n° 192).

314. — Notre règle enfin pourra fournir le moyen de décider les questions, que soulèvent souvent certaines formules, que les testateurs emploient, en faisant un legs à une personne : ..., *pour sa dot...; pour aider à la marier...; pour l'aider à acheter un fonds de commerce*, etc.

Est-ce une condition?

N'est-ce qu'un conseil, ou une simple recommandation?

Questions d'interprétation, bien entendu, à décider, d'après les circonstances particulières du fait.

Mais nous y recommandons encore comme un élément puissant de solution, la distinction, que nous avons proposée :

Ces termes du testament affectent-ils la substance du legs, de manière à prouver que le testateur a eu directement en vue et pour cause finale le mariage ou l'établissement du légataire? le legs est conditionnel.

Tandis qu'il sera pur et simple, si les termes employés par le testateur paraissent ne se rapporter qu'à la circonstance extrinsèque de l'emploi et de la destination du legs (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 569).

314 *bis*. — Nous venons de voir encore cet exemple.

Un testateur domicilié au fond d'une province éloignée de Paris, et sur le point de se mettre en voyage pour visiter la grande ville, crut devoir faire d'abord son testament; et il commence en ces termes l'acte olographe, qui renferme ses dispositions :

« *Si je viens à mourir pendant le voyage, que je vais faire à Paris, voici mes dernières volontés.* »

Puis, il institue un légataire universel, en le chargeant de plusieurs legs particuliers.

Le testateur, après avoir fait heureusement son voyage, revient chez lui, où il vit encore pendant trois ans.

Et, après sa mort, on trouve intact, dans ses papiers, le testament, qu'il avait fait avant de partir pour Paris.

Ce testament est-il valable? et doit-il être exécuté?

Nous avons répondu affirmativement, et que la phrase, par laquelle le testateur l'avait commencé, nous paraissait exprimer, dans sa pensée bien comprise et justement interprétée, non pas une condition, à laquelle il aurait entendu subordonner l'existence même et la validité de ses dispositions, mais seulement le motif et l'occasion, qui l'avaient déterminé à les faire à cette époque plutôt qu'à une autre; nous l'avons pensé d'autant plus, que

cette simple énonciation de la circonstance, qui l'avait porté à faire alors son testament, est tout extrinsèque, qu'elle ne se rapporte ni à la personne des légataires, ni à la cause déterminante des legs eux-mêmes, ni aux choses léguées; c'est-à-dire qu'elle n'affecte pas la substance de la disposition, et n'empêche pas que la volonté de léguer n'ait été, chez le testateur, absolue, et pure et simple.

315. — La condition suspensive et le terme incertain s'opposent, disons-nous, tant qu'ils ne sont pas accomplis, à ce que le droit au legs puisse être acquis et transmissible (art. 1014, 1040, 1041).

Et, par conséquent, le légataire n'en peut pas demander l'exécution ni la délivrance.

Mais pourrait-il exercer des actes conservatoires?

Certainement! (Arg. de l'article 1180); car, s'il n'a pas encore un droit acquis, il a du moins un droit éventuel, *un droit en herbe*, dit Ricard, à la garantie duquel il est juste qu'il puisse veiller. (*Des Disposit. condit., Traité* II, chap. I, n° 12.)

Ce droit, tel quel, avec son éventualité, lui appartient même si bien, qu'il pourrait le transférer à un tiers, à titre gratuit ou à titre onéreux, ou y renoncer en faveur de l'héritier (comp. L. 21, § 4, ff. *de Pactis;* Duranton, t. IX, n° 309; *voy.* toutefois Ricard, *loc. supra*).

A plus forte raison, peut-il demander la séparation des patrimoines, conformément à l'article 2111; — requérir inscription sur les immeubles de la succession; — et agir contre les tiers détenteurs des immeubles compris dans son legs, afin d'interrompre la prescription. (Comp. Duranton, t. IX, n° 308; Troplong, t. I, n° 287; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 152.)

316. — Ne pourrait-il pas même demander une caution aux personnes, qui sont chargées d'acquitter le legs, après l'événement de la condition ou du terme?

On a répondu négativement :

1° Parce que les lois romaines, d'après lesquelles le légataire pouvait demander cette caution, et dont Furgole lui-même, qui pourtant les invoque, disait déjà de son temps, qu'elles étaient *tombées en désuétude*, n'ont plus aujourd'hui d'autorité (*voy.* le titre du Digeste : *Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*);

2° Parce que, dans le silence de la loi, le juge ne saurait imposer cette nécessité à l'héritier, quand le testateur a gardé lui-même le silence et ne la lui a pas imposée. (Comp. Nîmes, 22 avril 1812, de Vinezac, Sirey, 1813, II, 220; Duranton, t. IX, n° 307; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 152.)

Cette doctrine, toutefois, serait, à notre avis, trop absolue.

Que le légataire, conditionnel ou à terme, ne soit pas fondé, de plein droit, et dans tous les cas, à demander une caution aux héritiers ou autres débiteurs du legs, nous le croyons aussi.

Mais ce que nous ajoutons, c'est qu'il pourrait être fondé à demander même une caution, à titre de mesure conservatoire, si les circonstances, et notamment la nature mobilière de la chose léguée, et les craintes sérieuses, que ferait naître l'insolvabilité des héritiers, paraissaient rendre cette mesure nécessaire (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 146; Furgole, chap. VII, sect. IV, n° 49; Troplong, t. I, n° 287).

317. — Un legs a été fait à Paul, sous cette condition : *s'il ne se marie pas, ou s'il n'embrasse pas l'état ecclésiastique.*

C'est-à-dire sous une condition potestative négative telle, que l'on ne saura qu'après sa mort, s'il n'y a pas contrevenu.

Qu'arriverait-il, si nous appliquions l'effet suspensif de la condition?

C'est que Paul, même en accomplissant la condition,

ne pourrait pas profiter du legs, puisqu'il ne l'acquiérerait qu'au moment de sa mort et par sa mort même! de sorte que ses héritiers seuls en profiteraient.

Or, un tel résultat serait évidemment contraire à l'intention du testateur.

Aussi, les jurisconsultes romains avaient-ils admis que cette espèce de condition ne devait pas suspendre l'exécution du legs ; et qu'il devait être de suite délivré au légataire, à la charge par lui de fournir une caution, afin de garantir la restitution de la chose léguée, avec les fruits, pour le cas où il y contreviendrait; c'était la *caution Mucienne*, ainsi appelée du nom de Mucius Scævola, qui avait le premier imaginé ce moyen de concilier les intérêts du légataire avec ceux de l'héritier (comp. L. 7, § 1; L. 72, § 1 ; L. 77, § 2, ff. *de Condit. et demonstr.*).

Cette décision avait été généralement admise dans notre ancien Droit (comp. Ricard, *des Disposit. condit.*, n° 301 ; Furgole, chap. VII, sect. IV, n°s 5 et suiv.).

Et nous pensons que ces sortes de clauses ne doivent pas avoir non plus, dans notre Droit nouveau, l'effet suspensif des conditions ordinaires.

C'est que, en effet, à bien consulter l'intention vraisemblable du testateur, ce n'est pas une *condition*, que l'on y reconnaît, mais seulement un *mode*, dont l'effet n'est pas de suspendre l'exécution de la libéralité. (*Voy.* le tome III, n° 563.)

Telle est aussi la manière, dont Cujas appréciait une clause semblable : « *si in capitolium non ascenderit*, en disant : *modum potius quam conditionem testator fecisse videtur*. (*Quest. Papin.*, *ad. leg.* 72, ff. *de Condit. et demonstr.*)

Le légataire peut donc, dès à présent, demander la délivrance de la chose léguée.

Mais l'héritier peut-il lui demander la caution ?

Plusieurs jurisconsultes répondent affirmativement, et que cette obligation du légataire est corrélative à l'obli-

gation de l'héritier (comp. Duranton, t. IX, n° 297; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 153).

Cette seconde solution est, à notre avis, toutefois moins sûre que la première. Les textes romains, qui avaient créé la caution Mucienne, n'ont plus aujourd'hui d'autorité; et il nous est difficile d'apercevoir sur quel article de nos lois on pourrait fonder l'obligation, qui serait, de plein droit, imposée au légataire, de fournir une caution à laquelle le testateur ne l'a pas soumis.

Mais, dira-t-on, vous autorisez bien le légataire à demander la délivrance, quoique la condition soit encore en suspens!

Nous avons répondu déjà que ce n'est point là une condition, mais bien plutôt un mode, qui n'empêche pas l'effet actuel du legs.

Aussi, croirions-nous que le légataire ne pourrait être tenu de fournir caution, qu'à titre de mesure conservatoire, et seulement dans les cas où les circonstances paraîtraient exiger cette garantie dans l'intérêt de l'héritier (comp. *supra*, n° 316; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 324, note *b*, *Appendice;* Troplong, t. I, n° 289).

518. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que la doctrine, qui précède, n'est applicable qu'autant que l'événement, qui constitue la condition ou le mode du legs, ne peut se vérifier qu'après la mort du légataire.

Voilà pourquoi elle est étrangère, non-seulement aux conditions casuelles, mais même aux conditions mixtes; c'est ainsi que la délivrance du legs ne pourrait pas être demandée de suite, dans le cas, par exemple, où il aurait été fait à Paul sous cette condition : *s'il n'épouse pas Julie;* car, une telle condition pourrait s'accomplir du vivant du légataire, soit par la mort de Julie, soit par le mariage de Paul avec une autre que Julie, ou de Julie avec un autre que Paul (comp. Cujas, *loc. supra cit.*).

Ajoutons même qu'il faudrait attendre la mort du léga-

taire, pour que le legs pût être exécuté, si telle était évidemment la volonté du testateur, comme dans ces hypothèses très-rares, d'ailleurs, que nos anciens supposaient, où un legs aurait été fait à Paul : *cum morietur...., lorsqu'il mourra;* ce n'est pas là, en effet, une condition; c'est simplement un terme ; car, il n'est pas douteux que Paul mourra ; et, même, le terme n'est pas incertain ; car il arrivera certainement du vivant de Paul : *quoniam viventes morimur*, disait Vinnius. (*Inst. de Legat.*, § 35.)

319. — Les conditions potestatives affirmatives ne sont pas de nature à présenter la même difficulté, que nous venons de signaler dans les conditions potestatives négatives (*supra*, n° 317).

Un legs a été fait à Paul... *s'il se marie, ou s'il embrasse l'état ecclésiastique* (comp. le tome I, nos 251 et 259).

Paul serait certes mal venu à se plaindre de l'effet suspensif de cette condition, et à dire qu'elle peut l'empêcher indéfiniment de recueillir le legs (comp. Cass., 20 déc. 1831, Potron, D., 1832, I, 13).

Il ne tient qu'à lui, en effet, de le recueillir, quand il voudra, en accomplissant la condition..., *en se mariant, ou en embrassant l'état ecclésiastique.*

Aussi, est-ce du côté de l'héritier, que peut alors, en sens inverse, s'élever la prétention que cette condition soit accomplie par le légataire, dans un certain délai, sous peine de déchéance.

Eh bien ! donc, l'héritier y serait-il fondé ?

Il peut soutenir, sans doute, avec une certaine force, qu'il lui importe de voir sa situation fixée, et que l'intention du testateur n'a pu être, en effet, de laisser l'exécution de cette condition au pur et libre arbitre du légataire.

La négative, toutefois, était admise par les jurisconsultes romains, qui disaient précisément de ces conditions-là, que l'accomplissement n'en est limité par aucun

terme : *infinitum tempus habent.* (L. 91, ff. *de Condit. et demonstr.;* L. 10, *eod.;* L. 7, Cod. *de Inst. et subst. sub condit. fact.*)

Et Furgole enseignait de même, dans notre ancien Droit, que « le légataire, sous des conditions de cette espèce : *si nupserit,* et autres semblables, ne peut pas être interpellé d'accomplir la condition, et que, à défaut d'y satisfaire dans un certain délai, il soit déclaré privé du fruit de la disposition, parce qu'il a tout le temps de sa vie pour la remplir. » (Chap. VII, sect. V, n° 49.)

Cette solution nous paraîtrait encore généralement vraie. (Arg. des articles 1176, 1177 ; comp. Troplong, t. I, n° 325.)

520. — S'il y avait lieu de faire une exception, c'est à l'égard des conditions, dont l'accomplissement dépend de la pure volonté du légataire, *ex mero arbitrio.*

Julien, supposant que le testateur a imposé au légataire cette condition : *si in capitolium ascenderit,* décide, en effet, qu'elle doit être accomplie par lui aussitôt qu'il le pourra... *cum primum potuerit.* (L. 29, ff. *de Condit. et demonstr.*)

521. — On devrait également penser qu'il a été dans l'intention du testateur que le légataire pourrait être contraint d'exécuter la condition dans un certain délai, si un tiers ou l'héritier lui-même avait intérêt à ce qu'elle fût accomplie ; comme si elle consistait dans l'obligation de faire, pour eux, un travail ou un abandon quelconque. (Comp. L. 23, § 1, ff. *de Hæred. instit.;* Ricard, *des Disposit. condit.*, n°s 410 et suiv.; Furgole, chap. VII, sect. V, n°s 51-53 ; Troplong, t. I, n° 641.)

522. — C'est aussi une règle généralement reconnue, en matière de testaments, que la condition potestative, imposée au légataire, doit être considérée comme accomplie, lorsqu'il n'a pas dépendu de lui de l'accomplir, et qu'elle n'a défailli que par une circonstance indépendante de sa volonté... *quocumque modo deficiat,* dit Man-

tica (*de Conject.*, lib. XI, tit. XVI, n° 14 ; comp. Furgole, chap. VII, sect. II et suiv.; Troplong, t. I, n° 329).

Nous avons vu, en effet, que, dans les dispositions à titre gratuit, ce qui prédomine, c'est la volonté de conférer un bienfait ; à ce point que les conditions impossibles ou illicites y sont réputées non écrites (art. 900 ; comp. le tome I, n° 195) ; d'où l'on a pu conclure aussi que le legs n'était pas subordonné à l'accomplissement effectif d'une condition potestative, et qu'il suffisait que le légataire n'y eût pas contrevenu. (Comp. Rennes, 10 mars 1841, Bretel, D., 1841, II, 178.)

Il est clair, toutefois, que cette règle n'étant fondée que sur l'interprétation de la volonté vraisemblable du testateur, devrait fléchir devant la manifestation d'une volonté contraire ; comme s'il apparaissait que la condition, quoique potestative, a été, dans sa pensée, la cause finale du legs !

Et voilà pourquoi notre règle ne s'applique pas aux conditions casuelles ou mixtes, qui ont, en général, ce caractère. (Comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. II, n° 353 ; Cass., 20 déc. 1831, Potron, Dev., 1832, I, 130 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 324, note *b*.)

323. — La volonté du testateur, son intention ! c'est là que nous nous trouvons toujours ramené, dans cette matière, si vaste et si variée, *des conditions*. (Comp. art. 1040, 1041, 1175, 1176, 1177.)

« *In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones....* » dit Ulpien. (L. 19, ff. *de Condit. et demonstr.*)

Et Mantica, plus énergiquement encore, ajoute : « *Voluntas testatoris totum facit !* » (*De Conject.*, L. XI, 16, 3.)

Aussi, n'étendrons-nous pas davantage nos développements sur ce sujet, qui soulève surtout des questions de fait et d'interprétation ; nous référant d'ailleurs à ce que nous avons déjà dit des conditions dans les tomes I,

n[os] 193 et suiv., et III, n[os] 562 et suiv. de ce *Traité*, et à ce que nous en avons dit, dans notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles*, où le législateur du Code en a posé spécialement les règles.

524. — Une dernière observation nous paraît toutefois nécessaire.

Nous voulons ajouter que la condition, une fois accomplie, a un effet rétroactif au jour de la mort du testateur; de sorte que le droit au legs doit être considéré comme ayant été acquis au légataire *ut ex tunc*, et non pas seulement *ut ex nunc*.

Cette thèse était, il est vrai, dans notre ancien Droit, fort controversée.

Ricard, notamment, soutenait que l'événement de la condition, dans les legs, n'a pas, comme dans les conventions, un effet rétroactif. (*Des Disposit. condit.*, n° 203; ajout. Pothier, *Traité des Obligat.*, n° 220.)

Tandis que, au contraire, Furgole professait que la rétroactivité de la condition est un effet commun aux testaments et aux contrats. (Chap. VII, sect. IV, n[os] 144-146.)

Mais nous avons déjà remarqué qu'il y avait, peut-être, dans cette controverse, plus de malentendu que de dissentiment. (*Voy.* le tome I, n° 96.)

Veut-on dire que la condition, dans les legs, n'a pas d'effet rétroactif, en ce sens qu'il faut que le légataire survive, non-seulement au testateur, mais encore à l'événement de la condition?

On aura raison, à ce point de vue; et cette différence est, en effet, certaine entre les testaments et les contrats. (Comp. art. 1040, 1122, 1179.)

Mais on aurait évidemment tort, si l'on en concluait qu'après que le legs s'est ouvert, par la survie du légataire, la condition accomplie n'a pas, dans les legs, un effet rétroactif jusqu'au jour du décès du testateur.

Cette rétroactivité, en effet, est certaine; et il n'y a pas

à douter que les aliénations ou constitutions d'hypothèques, consenties par l'héritier *medio tempore*, seraient résolues comme son propre droit.

Mais l'héritier ne restitue pas les fruits!

L'objection n'est pas concluante; car, nous avons déjà vu que, généralement, l'effet rétroactif de la condition ne s'applique pas aux fruits; et c'est surtout en matière de legs qu'il faut maintenir cette règle, pour se conformer à l'intention du testateur! (Comp. le tome III, n° 793; Delvincourt, t. II, p. 96; Troplong, t. I, n° 291; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 153).

325. — 2° et 3°. Les deux autres causes de caducité, de la part du légataire, sont, avons-nous dit, son incapacité et son refus de recueillir. (*Supra*, n° 298.)

Article 1043 : « La disposition testamentaire sera « caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire « la répudiera ou se trouvera incapable de la re- « cueillir. »

Quelles sont les causes d'incapacité? et à quelle époque est-il nécessaire que le légataire soit capable?

Nous n'avons, sur ce sujet, qu'à nous référer aux développements, que nous avons déjà fournis. (*Voy.* le tome I, n° 580.)

Qu'il nous suffise de remarquer ces mots de l'article 1043, que la disposition testamentaire sera caduque, lorsque le légataire *se trouvera incapable de la recueillir*.

D'où il résulte que le législateur suppose que le légataire a été d'abord capable, du moins lors de la confection du testament, et que ce n'est que par une cause postérieure, qu'il *se trouve* incapable, lors du décès du testateur ou de l'événement de la condition.

Dans le cas, en effet, où le légataire aurait été toujours incapable, le legs serait nul, *pro non scripto;* mais on ne pourrait pas dire aussi exactement qu'il est *caduc*.

Nullité ou *caducité*, qu'importe!

Nous convenons que cela importe peu aujourd'hui.

Mais il importait beaucoup dans l'origine, et à l'époque où ces mots : *caducum,... in causa caduci....* furent introduits dans la langue juridique.

C'est précisément parce que la disposition aurait pu se soutenir, qu'on disait qu'elle *tombait;* et les *caduca* nous représentent effectivement l'image de la chose léguée, s'échappant, en quelque sorte, des mains du légataire! (Comp. *suprà*, n° 297.)

Oh! sans doute, nous sommes bien loin de cette pureté du langage scientifique; et toutes ces distinctions romaines, si savantes pourtant et si exactes, ont dès longtemps disparu.

Mais il n'était pas sans intérêt de remarquer que l'article 1043 en porte encore peut-être la trace, malgré la profonde altération, qui s'est faite dans la signification de ces mots, que nous avons néanmoins toujours conservés!

326. — Quant au refus du légataire de recueillir le legs, notre Code ne s'en est pas spécialement occupé.

Et c'est d'après les principes généraux, que cette espèce de renonciation ou répudiation doit être régie.

Nul doute, par exemple, qu'elle ne puisse être faite, comme disait Pothier, que par les légataires *usant de leurs droits.* (*Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 135); si donc le légataire est incapable pour cause de minorité, d'interdiction, ou de mariage, il faut observer les règles auxquelles ces diverses incapacités sont soumises. (Art. 461, 462, 776, 935; comp. nos *Traités de la Minorité*, etc., t. I, n°s 695 et suiv.; *des Successions*, t. II, n° 321; Furgole, chap. X, sect. V, n° 43; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 4, n° 4.)

327. — Ce qui est plus délicat, c'est de savoir en quelle forme la répudiation d'un legs peut être faite.

Nous avons, toutefois, déjà (dans le tome IV de ce

Traité, n° 560) proposé une distinction, qui nous paraît toujours vraie :

S'agit-il d'un legs universel ou à titre universel?

Notre avis est que l'article 784 est applicable, c'est-à-dire que la répudiation du legs, comme celle d'une succession, doit être faite par une déclaration au greffe du tribunal, dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte; car, les légataires universels sont *loco hæredum;* du moins, cette forme est-elle indispensable, pour que la répudiation soit opposable aux créanciers héréditaires; ce qui n'empêcherait pas d'ailleurs que le légataire universel ou à titre universel ne fût lié, même indépendamment de toute déclaration au greffe, par la renonciation qu'il aurait faite conventionnellement avec les héritiers ou autres intéressés. (Comp. notre *Traité des Successions,* t. III, n° 21; Cass., 19 mai 1862, Tanzède, Dev., 1863, I, 94; Riom, 26 juill. 1862, Esbelin, Dev., 1863, II, 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 199.)

528. — Dans le cas, au contraire, d'un legs à titre particulier, la répudiation n'est soumise à aucune forme spéciale. (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 560.)

Et elle peut être faite soit expressément, soit tacitement, de toute manière propre à manifester la volonté du légataire de ne point accepter.

C'est ainsi que l'on a toujours considéré que le légataire renonce tacitement au legs, lorsqu'il consent à la vente ou à toute autre disposition, dit Pothier, que l'héritier fait de la chose, qui lui a été léguée. (*Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans,* n° 135; L. 120, § 1, ff. *de Legat.* 1°; L. 88, § 14, et L. 34, § 2, *de Legat.* 2°.)

Le refus, qu'il ferait d'acquitter les charges du legs, doit, en général, aussi équivaloir au refus du legs lui-même. (Comp. Lyon, 27 mars 1874, Dumanoir, Dev., 1874, II, 286.)

Questions de fait, d'ailleurs, pour la solution desquelles il faut se référer aux circonstances particulières de chaque

espèce. (Comp. Cass., 21 mai 1838, Escudié, Dev., 1841, I, 37; Cass., 13 mars 1860, Leblanc, Dev., 1860, I, 507; Cass., 11 août 1874, Echalié, Dev., 1874, I, 473; Furgole, chap. x, sect. II, nos 80 et suiv.; Troplong, t. IV, n° 2154; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 199; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1680.)

329. — Il existe, néanmoins, un cas de répudiation tacite, en matière de legs, que nous devons spécialement rappeler, parce qu'il dérive de la loi elle-même, et qu'il est, en effet, très-important de s'en souvenir.

Nous voulons parler de l'acceptation de la succession légitime, qui est faite par l'héritier, légataire sans dispense de rapport. (Art. 843, 845; comp. *infra*, n° 336, et notre *Traité des Successions*, t. IV, nos 162, 163; Cass., 22 janv. 1817, Gast., Dev. et Car., V, I, 274.)

330. — Que la répudiation d'un legs ne puisse jamais être valablement faite du vivant du testateur, cela est d'évidence! (Art. 790, 895, 1130, 1600.)

Mais il nous paraît aussi évident, en sens inverse, qu'elle peut toujours être valablement faite après la mort du testateur;

Et cela, lors même qu'il s'agirait d'un legs conditionnel, et que la condition ne serait pas encore accomplie.

Ricard enseigne cependant la doctrine contraire, et qu'il en est d'un legs comme d'une succession, à laquelle on ne peut pas renoncer, tant qu'elle n'est pas ouverte. (*Des Disposit. condit.*, nos 168 et suiv.; comp. Pothier, *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 135.)

La même doctrine est enseignée, dans notre Droit nouveau, par Troplong. (T. IV, n° 2152; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, p. 84.)

Mais elle est, à notre avis, inadmissible :

Ricard lui-même reconnaît que le légataire conditionnel peut transiger, *pendente conditione*, sur son droit, avec l'héritier débiteur du legs, faire une novation, ou tout autre arrangement. (*Voy.* L. 21, ff. *de Pact.*); c'est ce qu'ad-

met aussi Troplong (t. I, n° 288), et ce qui est, en effet, incontestable; or, si le légataire peut transiger sur son droit, il doit évidemment aussi pouvoir y renoncer.

On ne peut pas renoncer à une succession non ouverte!

Il est vrai; mais on ne peut pas non plus transiger sur cette succession; et cet argument d'analogie manque, dès lors, par sa base!

Il est vrai aussi que la renonciation, que le légataire conditionnel aurait faite avant l'accomplissement de la condition, ne le lierait pas, si elle n'avait pas été acceptée par l'héritier. Mais il en est de même de la renonciation, qu'il aurait faite après l'accomplissement de la condition, ou à un legs pur et simple (*infra*, n° 333); et ceci n'a rien, par conséquent, de spécial au legs conditionnel.

Nous croyons donc avoir raison de dire que la proposition des savants auteurs, que nous venons de citer, n'est pas exacte. (Comp. Duranton, t. IX, n° 309.)

331. — Les jurisconsultes romains et nos anciens jurisconsultes français ont examiné la question de savoir si le légataire peut accepter pour partie et répudier pour partie.

Ils n'admettaient pas, en général, la répudiation partielle d'un seul legs.

Mais, lorsque deux legs avaient été faits au même légataire, ils l'autorisaient à accepter l'un et à répudier l'autre, à moins toutefois que l'un des legs n'eût été fait sous certaines charges; auquel cas, ils ne lui permettaient pas d'accepter le legs fait sans charges, en répudiant le legs fait avec charges. (L. 5, *princ.* et § 1, ff. *de Legat.* 1°; L. 22, ff. *de Fideicomm. libert.*; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. III, § III; et *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 135.)

Quoique cette dernière distinction ait été proposée en-

core sous notre Droit, nous croyons qu'elle est trop absolue; et, à notre avis, lorsque deux legs ont été faits au même légataire, il doit pouvoir accepter celui qui est fait sans charges et répudier celui qui est fait avec charges; et cela, non-seulement lorsque les legs sont portés dans deux testaments différents, mais encore lorsqu'ils se trouvent dans le même testament; si, d'ailleurs, aucun lien de connexité ne les réunit, de manière à en faire une seule disposition indivisible.

C'est ainsi du moins que nous paraît devoir être interprétée, en général, l'intention du testateur, qui a fait deux legs séparés et distincts; en exceptant, bien entendu, le cas où une intention contraire résulterait des termes du testament, de la nature des legs, et des circonstances du fait. (Comp. *supra*, n° 276; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 348, note *a*.)

332. — Quant aux héritiers du légataire, qui serait décédé après l'ouverture du legs, sans l'avoir accepté ni répudié, l'ancienne doctrine admettait chacun d'eux à l'accepter ou à le répudier pour sa part. (Comp. L. 38, ff. *de Legat.* 1°, et les *citations*, *supra*, n° 331.)

On pourrait trouver aussi peut-être cette solution trop absolue.

Et d'abord, lorsqu'il s'agit d'un legs universel ou à titre universel, est-ce qu'il ne faudrait pas décider, au contraire, par application des articles 781 et 782, que l'acceptation ou la répudiation du legs est indivisible, de la part des héritiers du légataire, comme de la part du légataire lui-même?

Nous ne le croyons pas, toutefois, ainsi.

Il est vrai que nous avons pensé que les légataires universels ou à titre universel étant, à certains égards, *loco hæredum*, il faut, en général, leur appliquer les règles, que la loi a établies sur le mode de transmission des successions ab intestat. (*Supra*, n° 327.)

Mais ce principe ne nous paraît pas entraîner, comme

conséquence nécessaire, l'application aux héritiers des légataires universels, des articles 781 et 782.

C'est que, en effet, l'indivisibilité du titre d'héritier, sur laquelle ces articles sont fondés, et qui est même fort contestable, en matière de succession légitime (comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 346), le serait bien plus encore, en matière de succession testamentaire, où le titre des légataires procède de la volonté du testateur, et n'a d'autre caractère, que celui qu'il a vraisemblablement voulu lui attribuer.

Aussi, serions-nous porté à penser que le droit d'accepter ou de répudier le legs serait divisible entre les héritiers du légataire; à moins qu'il ne résultât des termes du testament, ou de la nature du legs, et surtout des charges, qu'il y aurait mises, que le testateur a entendu que le legs ne pourrait pas être accepté partiellement.

333. — Lorsque le légataire s'est une fois prononcé pour l'un des partis ou pour l'autre, peut-il varier?

En d'autres termes :

Peut-il accepter, après avoir répudié?

Peut-il répudier, après avoir accepté?

Et d'abord, le légataire peut-il accepter, après avoir répudié?

Nous répondons :

Oui, si les choses sont encore entières; c'est-à-dire si le legs, par lui répudié, n'a pas été accepté par d'autres, ou plus généralement si la répudiation n'a pas été acceptée par ceux auxquels elle doit profiter;

Non, si les choses ne sont plus entières; c'est-à-dire si d'autres personnes, légataires ou héritiers, ont acquis les choses comprises dans le legs, en manifestant l'intention de profiter de la répudiation.

C'est dans le sens de cette distinction, qu'il faut entendre, dans notre Droit, la règle romaine : *Quod enim semel repudiatum, redintegrari minime concedimus.* (L. 7, Cod., *de Condit. insert.*; le tome III de ce *Traité*, n°s 85-87;

arg. des articles 462 et 790; comp. Grenoble, 22 mars 1830, Picot, D., 1831, II, 38; Pau, 31 août 1833, Pons, Dev., 1834, II, 228; Cass., 23 janvier 1837, de Larrey, Dev., 1837, I, 393; Cass., 13 mars 1860, Leblanc, Dev., 1860, I, 567; Riom, 26 juillet 1862, Esbelin, Dev., 1863, II, I; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 348, note *a*; Troplong, t. I, n° 292, et t. II, n° 2158; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 199.)

334. — Mais voici que le légataire veut répudier, après avoir accepté!

Il le pourra, si le legs a été fait sans charges;

Il ne le pourra pas, si le legs a été fait avec charges.

C'est la même distinction, que nous avons admise sur le point de savoir si le donataire entre-vifs peut renoncer à la donation, après l'avoir acceptée. (*Voy.* le tome III, n[os] 459 et 571-575); or, si le donataire entre-vifs peut renoncer à la donation, qui s'est formée par un contrat, *a fortiori* le légataire doit-il pouvoir renoncer au legs, qu'il n'avait accepté que par une manifestation unilatérale de sa seule volonté.

C'est aussi dans le sens de cette distinction, qu'il faut entendre cette autre maxime romaine : *Quod adquisitum est, repudiari non potest.* (L. 1, § 7, ff. *de Success. edict.*)

Cette doctrine était celle de nos anciens jurisconsultes. (Comp. Furgole, chap. x, sect. II, n° 8; Ricard, *des Disposit. condit.*, n[os] 109 et 281.)

Et elle nous paraît devoir être également la nôtre. (Comp. Cass., 9 août 1859, Bazerque, Dev., 1860, I, 347; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 4, n° 8; Troplong, t. IV, n[os] 2149, 2150.)

335. — Les mêmes causes de nullité ou de rescision, qui s'appliquent à la répudiation d'une succession, sont d'ailleurs aussi généralement applicables à la répudiation d'un legs.

Cette répudiation pourrait donc être déclarée nulle :

1° Pour cause d'incapacité du légataire (*supra*, n° 326);

2° Si elle était le résultat de la violence ou du dol, par quelque personne d'ailleurs que le dol eût été pratiqué (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, nos 90-92; Paris, 30 nivôse an XI, Sirey, VIII, II, 1174; Grenoble, 22 mars 1830, Picot, Dev., 1831, II, 249).

556. — Quant à l'erreur, nous avons vu qu'elle ne peut devenir une cause de nullité qu'autant qu'elle est substantielle. (Comp. notre *Traité* précité, t. II, n° 535; et t. III, n° 93.)

Or, c'est là une espèce d'erreur infiniment rare!

Nous en trouvons, toutefois, précisément dans notre matière, une application intéressante et remarquable.

Paul est appelé à une succession ab intestat, en concours avec d'autres héritiers; et il l'accepte, dans l'ignorance où il est d'un testament, par lequel le *de cujus* lui a légué, sans dispense de rapport, une part plus forte que sa part héréditaire.

Et voilà que, ensuite, on découvre le testament!

Paul peut-il demander la rescision de cette acceptation, par suite de laquelle il se trouverait, si elle était maintenue, avoir répudié le legs, sans même le connaître?

Nous le croyons; et telle est la doctrine, que nous avons soutenue, dans une Consultation, délibérée avec notre honorable confrère Me Leblond, sur une espèce toute semblable, dont la Cour de Rouen était saisie.

Il faut que nous ajoutions, pourtant, que la Cour ne l'a pas admise, et qu'elle a décidé, au contraire, par application de l'article 783, que l'acceptation de la succession, faite en de telles circonstances, ne pouvait pas être rescindée. (12 août 1863, Arondel, Dev., 1864, II, 125.)

Faut-il se rendre? nous y aurions beaucoup de peine; d'autant plus que le pourvoi, qui a été formé contre l'arrêt de la Cour de Rouen, vient d'être admis par la chambre des requêtes de la Cour de cassation. (18 juillet 1864, *Gazette des Tribunaux*, des 18-19 juill. 1864.)

1° Est-ce que, en effet, l'erreur, qui porte sur l'existence même du droit, en vertu duquel on peut agir, n'est pas une erreur substantielle au premier chef!

La Cour de cassation a décidé, avec beaucoup de raison, suivant nous, que l'ignorance où se trouvait l'un des héritiers, du testament, par lequel le défunt lui avait fait un legs, *avec dispense de rapport*, est une cause de nullité du partage de la succession, auquel il a procédé, avec ses cohéritiers, en sa seule qualité d'héritier (17 novembre 1858, Bouché, Dev., 1859, I, 234; comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 406).

N'en faut-il pas nécessairement aussi conclure que l'ignorance où se trouvait l'un des héritiers, du testament, par lequel le défunt lui a fait un legs *sans dispense de rapport*, est une cause de nullité de l'acceptation, qu'il a faite de la succession!

Car, si l'erreur sur la *quotité* du droit est substantielle, comment l'erreur sur l'*existence* même du droit ne le serait-elle pas?

2° Des articles 843, 844 et 845, il résulte que la loi elle-même défère un *choix*, une *option* à l'héritier, qui se trouve en même temps légataire sans dispense de rapport : accepter la succession, en répudiant le legs; ou répudier la succession, en acceptant le legs.

Or, il est impossible d'admettre que le législateur ait entendu que ce choix serait perdu, avant même d'avoir pu être exercé! et par conséquent, nos textes exigent virtuellement, pour que l'héritier en soit déchu, qu'il ait eu connaissance du testament, d'où résultait, pour lui, cette option. (L. 33, ff. *De adquir. vel. omitt. hæredit.*; L. 184, ff. *De regul. jur.;* Merlin, *Répert.*, v° *Option.*)

La Cour de Caen avait jugé que l'héritier, légataire sans dispense de rapport, peut, même lorsqu'il connaît le testament, différer l'exercice de son option jusqu'au partage; et elle l'avait admis à répudier la succession,

pour s'en tenir au legs, après des actes, qui impliquaient, de sa part, une acceptation comme héritier; et le motif de la Cour n'était certes pas sans force; elle voulait que l'héritier, légataire sans dispense de rapport, pût choisir, en pleine connaissance de cause, entre la succession et le testament; d'où elle avait conclu qu'il avait le droit de figurer à toutes les opérations de la liquidation et du partage, qui devaient l'éclairer sur la consistance des biens.

La Cour de cassation, il est vrai, a cassé son arrêt (22 janv. 1817, Gast. Dev. et Car., V, I, 274); et nous croyons, en effet, que l'héritier, qui a accepté la succession, quand il avait connaissance du legs fait à son profit, ne peut plus y renoncer. (art. 843, 845); mais du moins faut-il qu'il en ait eu connaissance! et c'est ce qui résulte de l'arrêt même de la Cour de cassation.

3° On objecte l'article 783, et que l'acceptation d'une succession ne peut être rescindée que dans les cas spécialement déterminés par la loi : *Semel hæres, semper hæres!*

Nous répondons, d'abord, que l'article 783, malgré la manière dont il est conçu, n'est pas complet, puisqu'il ne mentionne ni l'incapacité, ni la violence, ni l'erreur, qui peuvent être aussi pourtant des causes de rescision de l'acceptation.

Et nous ajoutons qu'il y a ici deux qualités et, par suite, deux causes de rescision.

Il n'y a pas, en effet, seulement l'héritier, qui a accepté la succession;

Il y a le légataire, qui se trouverait avoir répudié le legs; or, le légataire n'a pas pu répudier le legs, sans savoir qu'il existait à son profit! (Comp. *supra*, n° 329; notre *Traité des Successions*, t. II, n° 535 *bis*, et t. III, n° 93 *bis*.)

Nous avons le regret de dire que, depuis notre seconde

édition, la chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui avait été formé contre l'arrêt de la Cour de Caen. (Cass., 3 mai 1865, Arondel, Dev., 1865, I, 311).

Mais, malgré notre profonde déférence pour les décisions de la Cour suprême, il nous est impossible de ne pas conserver encore les doutes les plus graves sur l'exactitude de cette doctrine. (Comp. les *Observations* de l'arrêtiste, Dev., 1864, I, 125.)

337. — On a remarqué, dans notre Titre, que les créanciers d'un légataire, qui a répudié son legs au préjudice de leurs droits, peuvent demander la révocation de sa répudiation, et se faire autoriser à accepter le legs, en son lieu et place. (Comp. Troplong, t. IV, n° 2159; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 199.)

Cela est, en effet, incontestable. (Art. 788, 1014.)

Mais ce n'est pas ici le lieu de nous occuper de l'action Paulienne révocatoire, dont notre Code a posé les règles dans le titre *des Contrats ou des obligations conventionnelles*. (Art. 1167; comp. notre *Traité des Obligat.*, etc., t. II, n° 166.)

338. — B. La seconde cause de caducité provient, avons-nous dit, de la chose léguée. (*Supra*, n° 297.)

L'article 1042 l'explique en ces termes :

« Le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement « péri pendant la vie du testateur.

« Il en sera de même, si elle a péri depuis sa mort, « sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait « été ainsi en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût égale- « ment dû périr entre les mains du légataire. »

Ce texte prévoit deux hypothèses :

I. D'abord, celle où la chose léguée a péri pendant la vie du testateur;

II. Ensuite, celle où la chose léguée a péri depuis sa mort.

Et quoiqu'il semble les assimiler, elles sont pourtant très-différentes; à ce point qu'il est néessaire de les distinguer tout à fait l'une de l'autre.

339. — I. — La première hypothèse est, en effet, la seule dans laquelle il y ait caducité.

Mais, aussi, la caducité est-elle, dans celle-ci, d'évidence !

La chose léguée ayant péri pendant la vie du testateur, il est clair que le legs n'a plus d'objet, et qu'il est inexécutable !

Ce motif prouve assez, d'accord avec les termes de notre texte : *la chose léguée*, que cette cause de caducité n'est applicable qu'aux legs qui ont pour objet des choses déterminées dans leur individualité. (Comp. art. 1018; et le t. IV, n° 680.)

Quant aux legs de choses déterminées seulement quant à leur espèce, d'une somme d'argent, par exemple, ou de quantités quelconques, ils n'en sauraient être susceptibles.

Il est vrai que l'insuffisance des biens laissés par le testateur, peut, en ce qui concerne ces sortes de legs, produire un effet analogue à la caducité.

Paul a légué 100 000 fr. à Pierre ; et il ne laisse que 50 000 fr., ou même il meurt tout à fait insolvable; ou encore la réserve de ses héritiers nécessite la réduction du legs, pour partie ou pour le tout.

Il y a bien là, en définitive, un résultat semblable à celui que produirait la caducité, partielle ou totale, du legs ; mais la vérité est pourtant que ce legs n'est pas précisément caduc; il l'est si peu, que, dans le cas où des biens ignorés, lors du décès, viendraient à être découverts, il devrait être acquitté !

C'est que la chose, qui fait l'objet du legs, n'a pas, en effet, péri; cette chose, c'est une créance contre la succession; et une créance n'en existe pas moins, malgré l'insolvabilité du débiteur. (Comp. Paris, 3 mars 1820, Dev. et Car., VI, II, 217; L. 21, ff. *de Liberat. legat.*; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. IV, § 1 ; Coin-Delisle, art. 1042, n° 1 ; Troplong, t. IV, n° 2143.)

340. — Ce n'est pas que l'article 1042 ne soit applicable qu'aux legs de choses corporelles.

Au contraire! il faut l'appliquer également aux legs de choses incorporelles, lorsque ces choses ont été léguées déterminément dans leur individualité.

C'est ainsi que le legs d'une créance devient caduc, par le remboursement, qui en est fait au testateur; car, il est vrai de dire aussi, dans ce cas, que la chose léguée *a péri*, de son vivant; et la caducité sera, en effet, totale ou partielle, suivant que le testateur aura reçu tout le montant de la créance ou n'en aura reçu qu'une partie.

Seulement, ce qu'il est nécessaire de bien déterminer alors, c'est en quoi consiste *la chose léguée*, c'est-à-dire celle qui fait directement l'objet du legs. (Comp. Cass., 12 déc. 1830, Bonnefoy, D., 1833, I, 39; Cass., 6 janv. 1874, Bruneau, Dev., 1874, I, 212.)

Si c'est, en effet, la créance elle-même déterminément contre tel débiteur désigné, on devra maintenir la solution qui précède.

Mais il en serait autrement, s'il était reconnu que le legs a pour objet la valeur de la créance, c'est-à-dire, une somme d'argent, dont la désignation de la créance n'a pour but que d'indiquer le chiffre et le mode de recouvrement.

Dans ce dernier cas, le legs ne deviendrait pas caduc par le remboursement de cette créance, surtout, disait Valin, lorsque le testateur a mis à part le produit de la créance, *avec une étiquette en faveur du légataire.* (Sur l'article 41 du titre *des Testaments*, de la Cout. de la Rochelle); mais, cette circonstance, qui serait, en effet, très-significative, n'est pas d'ailleurs indispensable. (Comp. *supra*, n° 237.)

Ceci rappelle la distinction, si connue, de l'assignat *limitatif*, qui circonscrit le droit du légataire dans la limite même de la chose indiquée, et de l'assignat *démonstratif*, qui n'indique la chose, que comme un moyen de recouvrement, *unde solvatur*, sans y subordonner d'ailleurs

l'existence ni l'étendue du legs (comp. L. 12, ff. *de Alim. vel cibar. legat.;* L. 17, § 1, ff. *de Ann. legat.*; Bordeaux, 15 juill. 1831, Dufaure de la Jarthe, D., 1832, II, 19; Duranton, t. IX, n°s 356-359; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 320, note *a*, et n° 324, note *a*.)

A quels signes peut-on distinguer l'un de l'autre?

Question de fait et d'interprétation.

Il faut voir, disait Loyseau, si la chose est léguée *tanquam species aut corpus certum*, ou, au contraire, si elle est léguée *tanquam summa aut quantitas.*

Et Dumoulin remarquait que l'on devra, en général, considérer que la chose est léguée *tanquam corpus certum*, lorsque la désignation s'en trouvera *in ipsa dispositione*, tandis que l'on devra, au contraire, considérer qu'elle est léguée *tanquam quantitas vel summa*, lorsqu'elle se trouvera seulement *in executione legati*. (Comp. *supra*, n° 311, notre *Traité des Contrats ou des Obligations constitutionnelles en général*, t. V., n° 721; Toulouse, 19 juill. 1837, Brault, Dev., 1837, II, 476; Grenoble, 19 juin 1846, Néry-Deloche, Dev., 1847, II, 304; Cass., 8 déc. 1852, Petit-Colin, Dev., 1852, I, 293, Cass., 20 déc. 1865, Terrail, Dev., 1866, I, 25; Grenoble, 16 mai 1870, Amblard, D., 1870, II, 207; Dumoulin, sur la cout. de Paris, § 9, glos. 2, n° 7; Loiseau, *de la Distinction des rentes*, n° 15; Bretonnier sur Henrys, t. IV, p. 71; Furgole, chap. v, sect. iv, n° 42; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 142 et 198.)

341. — Le legs sera caduc, dit l'article 1042, si la chose léguée *a totalement péri*, pendant la vie du testateur.

Le texte ne s'enquiert pas de la nature de l'événement, qui a pu amener cette perte, ni des causes d'où il est résulté.

Il ne s'attache qu'à l'événement même.

La chose a-t-elle totalement péri?

Le legs est caduc! cela est absolu; et il faut bien effectivement que le legs soit caduc dans tous les cas, puisqu'il n'a plus d'objet!

Que la chose donc ait péri par cas fortuit; — ou par le fait du testateur; — ou par le fait d'un tiers; — ou même par le fait de l'héritier présomptif, il n'importe!

Pas plus qu'il n'y a lieu de distinguer si la perte a eu lieu au su ou à l'insu du testateur, ou contre sa volonté.

Cette doctrine nous paraît exacte, malgré le dissentiment de Vazeille. (Art. 1042, nos 1, 2.)

Et nous avons même déjà remarqué que le légataire n'aurait pas droit aux dommages-intérêts, qui pourraient être dus à la succession du testateur par le tiers, auteur responsable de la perte de la chose. (*Supra*, n° 239.)

A ce point, que, lors même que ces dommages-intérêts seraient dus, au moment de l'ouverture de la succession, par l'héritier lui-même, qui aurait indûment détruit la chose léguée, du vivant de son auteur, cette dette s'éteindrait par confusion dans sa personne; il n'en serait autrement que par exception et dans le cas seulement, où ce serait en fraude du legs prêt à s'ouvrir par la mort imminente du testateur, que l'héritier aurait détruit la chose léguée. (*Supra*, n° 239; comp. Coin-Delisle, art. 1042, n° 5; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 316, note *c;* Colmet de Santerre, t. IV, nos 193 *bis*, II et III.)

342. — Lorsque la chose léguée a totalement péri, le legs est éteint; de sorte que le légataire ne peut réclamer : ni les débris, ni les accessoires, qui en resteraient.

Ces débris, en effet, ne sont pas une *partie* de la chose, puisque nous supposons que la perte est *totale*.

Et quant aux accessoires, comment pourraient-ils être dus, dès qu'il n'y a plus de principal, et que la dette même du legs ne peut pas naître!

Si, par exemple, le cheval, qui a été légué, avec ses harnais, vient à périr, du vivant du testateur, le légataire n'a droit ni au cuir, qui n'est pas une partie du cheval, puisqu'il n'y a plus de cheval, ni aux harnais, qui n'étaient pas légués *per se,* mais seulement comme accessoires d'un *principal*, qui n'existe plus.

De même, le légataire n'aurait pas droit au cadre, si riche qu'il fût, du tableau légué, dont la toile aurait péri, du vivant du testateur. (Comp. *Inst. de Legat.*, § 17, L. 49, ff. *de Legat.*, 2°; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. IV, § 3; Ricard, Part. III, n°s 365 et suiv.; Delvincourt, t. II, p. 99, note 3; Duranton, t. IX, n° 494; Coin-Delisle., art. 1042, n° 3; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 316, note *c;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 198; Colmet de Santerre, t. IV, n° 193 *bis*, IV.)

Cette règle ancienne nous paraît toujours vraie, malgré le dissentiment de MM. Vazeille (art. 1038, n° 1) et Saintespès-Lescot (t. V, n° 1669), qui enseignent que notre Droit nouveau ne l'a pas admise.

343. — Remarquons, toutefois, qu'il faut que la perte de la chose, qui avait été léguée, soit totale.

Si la perte n'était que partielle, c'est-à-dire si la chose léguée subsistait encore dans l'une de ses parties constitutives, la caducité ne serait elle-même que partielle; et le legs s'ouvrirait au profit du légataire pour la partie encore subsistante, quelque minime qu'elle fût, relativement à la partie, qui aurait péri.

Un troupeau de cent têtes avait été légué à Paul; et voilà qu'au moment du décès du testateur, il ne reste plus de ce troupeau, ravagé par une épidémie, que dix têtes, ou cinq, ou même une seule! cette seule tête sera due au légataire; car elle est bien, en effet, une des parties constitutives de ce tout, qui formait la collection léguée. (Comp. art. 616; et notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. II, n° 316.)

Il faut même ajouter que, dans le cas où la perte est seulement partielle, le légataire, qui a droit à la partie de la chose encore subsistante, a droit, en même temps, aux accessoires.

Supposez que la maison, que Pierre a léguée à Paul, est détruite par un incendie, avant la mort du testateur, et que, lorsqu'il décède, les matériaux sont encore sur le

sol ; nous croyons que le tout, et le sol et les matériaux, appartiendra à Paul : le sol, comme partie constitutive, encore subsistante, de la chose léguée ; et les matériaux, comme accessoires dépendant encore du sol, dont ils n'ont pas été enlevés pour recevoir une autre destination. (Comp. *infra*, n° 347 ; Ricard ; Pothier, *loc. supra cit ;* Coin-Delisle, art. 1042, n° 3 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 316, note *c*.)

344. — Mais que doit-on entendre par ces mots : *totalement péri.... perte totale?*

Ils comprennent, à notre avis, trois événements, à savoir :

1° La perte naturelle ;

2° La perte civile ;

3° Plus généralement, tout événement, par suite duquel l'héritier se trouve, lors du décès du testateur, dans l'impossibilité de livrer la chose léguée.

345. — 1° Nous n'avons rien à dire de la perte naturelle de la chose.

Le tableau, qui avait été légué, a été réduit en cendres par le feu ;

Ou les eaux ont emporté, tout entier, dessus et dessous, le fonds légué, qui était riverain d'un fleuve.

Évidemment, le legs n'a plus d'objet !

346. — 2° La même évidence pourrait d'abord ne point apparaître, en ce qui concerne la perte civile de la chose léguée.

Et pourtant, il faut y attribuer aussi les mêmes effets de caducité. (*Supra*, n° 244.)

Nous avons expliqué déjà que la science du Droit considère, dans les choses, beaucoup moins les éléments matériels, qui les constituent, que la forme caractéristique, qui les individualise, et d'où résulte ce que Bartole appelait leur *nomen appellativum*.

Cette forme, qui fait que chaque chose, en effet, a son nom particulier, et par suite sa destination spéciale,

voilà ce qui en est, pour les jurisconsultes, la *substance*, et ce qui fait qu'elle est précisément cette chose et non pas une autre! (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. I, nos 18-20; et t. II, no 224; et notre *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, nos 86 et suiv.)

Or, de ce principe résultent, dans notre matière, deux conséquences également exactes, en sens inverse :

1° Le legs est caduc, lorsque la forme caractéristique de la chose léguée a été détruite; et cela, lors même, ainsi qu'il arrive toujours, que la substance naturelle aurait survécu à la destruction de la substance civile.

Mutata forma prope interemit substantiam rei! dit fort élégamment Ulpien (L. 9, § 3, ff. *ad Exhibend.*)

C'est ainsi que le legs, que le testateur avait fait de ses laines, est éteint, lorsque, à son décès, les laines ont été converties en draps; ou que les bois, qu'il avait légués, ont été employés à la construction d'un navire. (L. 88, ff. *de Legat.*, 3°.)

2° Le legs, au contraire, n'est pas caduc, si la forme caractéristique de la chose a été conservée; et cela, lors même que les éléments matériels, qui la constituaient, à l'époque de la confection du testament, auraient péri du vivant du testateur, et se trouveraient entièrement renouvelés.

C'est ainsi que le legs d'un navire subsiste, quoiqu'il ait été réparé et radoubé tant de fois, qu'il ne reste plus rien des éléments, dont il était d'abord formé.... *ita ut nihil ex pristina materia supersit.* (*Loc. supra;* L. 24, § 4, ff. *de Legat.*, 1°; Ricard, Part. III, n° 364; Pothier, *loc. supra cit.;* Grenier, t. II, n° 316; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *f;* Duranton, t. IX, n° 493; Coin-Delisle, art. 1042, n° 6; Troplong, t. IV, n° 2139; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra;* Saintespès-Lescot, t. V, n° 1651; *voy.* aussi les articles 565 et suiv., et notre

Traité de la Distinction des biens, etc., t. II, nos 185 et suiv.)

547. — Pothier, toutefois, remarquait, avec raison, que « l'on doit faire une grande différence entre la « forme, qui constitue la substance et l'essence d'une « chose, et celle qui n'est qu'accidentelle et accessoire, « et que le changement de cette dernière espèce de « forme n'empêche pas qu'elle continue d'exister; » et il ajoutait, comme exemple, « que ce sont des formes « accidentelles, par rapport à un fonds de terre, qu'il « soit en terre nue, planté de vignes, ou occupé par un « bâtiment. » (*Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 138; et des *Donat. testam.*, chap. VI, sect. IV, § 2.)

Cette règle est toujours vraie; et il en résulte cette double conséquence :

1° Que le legs d'un terrain non bâti subsiste, même après que le testateur, ou tout autre, y a construit un bâtiment; car, la construction, loin d'anéantir le sol, s'y assimile, et s'y anéantit elle-même! *ædificium solo cedit* (art. 1019; comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 714);

2° Que le legs d'un terrain bâti subsiste, même après que le bâtiment a été démoli; car, la démolition du bâtiment n'a pas opéré la perte totale de la chose; est-ce que, en effet, le terrain n'en est pas une partie intégrante? évidemment! *et quidem maxima*, disait Paul. S'il en est autrement, en matière d'usufruit, c'est par suite des principes particuliers à cette espèce de droit. (Comp. art. 624; notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. II, nos 665 et 701; L. 98, § 8, ff. *de Solut. et liberat.;* Ricard, Part. III, n° 376.)

Nous savons bien que ces déductions ont été toujours, plus ou moins, contestées.

C'est ainsi que l'on a soutenu :

D'une part, que le legs d'un terrain non bâti devient caduc par la construction d'un bâtiment (comp. L. 79, § 2, *de Legat.*, 3°; Duranton, t. IX, n° 267);

Et d'autre part, que le legs d'un terrain bâti devient caduc par la démolition du bâtiment; ou du moins distingue-t-on si c'est par la volonté du testateur ou sans sa volonté, que la démolition a eu lieu; et, en cas de reconstruction, on distingue encore si elle a été faite avec les anciens matériaux, ou avec des matériaux nouveaux, pour l'accorder au légataire dans le premier cas, et la lui refuser dans le second. (Comp. L. 65, § 2, ff. *de Legat.*, 1°; Mantica, *de Conject. ultim. vol.*, lib. XII, tit. II, n° 8; Troplong, t. IV, nos 2140, 2142.)

Nous ne voulons pas nier que les termes du testament, et les circonstances particulières du fait pourront modifier les deux solutions, que nous proposons, s'il en résulte la preuve d'une volonté différente du testateur.

Ce que nous disons seulement, c'est que ces solutions devront, en général, être admises, parce qu'elles reposent sur les vrais principes, en matière de caducité. (Comp. Coin-Delisle, art. 1042, n° 4; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 388; Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 318.)

348. — 3° Nous avons dit, enfin (*supra*, n° 344), que le legs est caduc, plus généralement *lorsque la chose léguée a cessé d'être susceptible du legs*, *qui en a été fait au légataire*.

C'est en ces termes, que Pothier posait notre dernière règle (*des Donat. testament.*, chap. VI, sect. IV, art. 2).

Et nous les croyons toujours vrais.

Cette cause de caducité, en effet, provient de ce que l'héritier se trouve, lors du décès du testateur, dans l'impossibilité de livrer au légataire la chose léguée.

Or, qu'importe la cause de cette impossibilité, dès qu'elle n'est pas imputable à l'héritier!

C'est ainsi que la caducité du legs résulte de l'aliénation de la chose léguée, qui a été faite par le tuteur du testateur interdit, quoique cette chose n'ait péri ni naturellement, ni civilement. (Comp. *supra*, n° 239; Cass., 19 août 1862, Dufour de Neuville, D., 1862, I, 321.)

349. — II. — Nous avons supposé, dans ce qui précède, que la chose léguée a totalement péri, *pendant la vie du testateur.*

Reste la seconde hypothèse, où la chose léguée a péri *depuis sa mort.* (Art. 1042.)

Une distinction est alors nécessaire :

Ou le legs est conditionnel;

Ou il est pur et simple.

350. — *a.* — Dans le premier cas, si la chose léguée a totalement péri, avant l'accomplissement de la condition, le legs est caduc; et il faut appliquer les règles que nous venons d'exposer, pour le cas où elle a péri, *du vivant du testateur.*

Ces mots de l'article 1042, qui supposent, d'une manière démonstrative, l'hypothèse ordinaire d'un legs pur et simple, ne sont que la conséquence du principe, que le legs est caduc, lorsque la chose léguée a péri, comme disait Pothier, *avant l'ouverture du legs.* (*Introduct. au tit.* XVI *de la Coutume d'Orléans*, n° 139; et *des Donat. test.*, chap. VI, sect. IV, § 3).

Or, le legs conditionnel ne s'ouvre que par l'accomplissement de la condition. (Art. 1039; comp. Coin-Delisle, art. 1042, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 197.)

Ajoutons, toutefois, que l'héritier, ou tout autre débiteur du legs conditionnel, serait responsable, si c'était par son fait que la chose léguée eût péri; car il ne saurait dépendre du débiteur de s'affranchir de son obligation, même seulement conditionnelle. (Comp. art. 1182.)

351. — *b.* — Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la chose léguée n'a péri qu'après la mort du testateur, et que le legs est pur et simple, ou que la condition, s'il était conditionnel, est accomplie, il ne saurait y avoir caducité.

Et, quoique l'article 1042 dispose qu'*il en sera de même,* la vérité est, au contraire, qu'*il en est tout autrement!*

Le legs, en effet, dans ce cas, a été ouvert; et le droit à la chose léguée a été acquis au légataire.

C'est-à-dire que les relations, qui se sont dès lors établies entre l'héritier et le légataire, sont les relations ordinaires du débiteur d'une chose certaine envers le propriétaire de cette chose. (Art. 1014.)

Il faut donc les régler, en effet, par les principes du droit commun.

Et il en résulte cette double différence entre l'hypothèse précédente, où le legs est caduc, et celle-ci, où il ne l'est pas :

1° Que l'héritier serait responsable de sa faute, de son fait, ou de sa demeure (art. 1245, 1302);

2° Que le légataire aurait droit : soit aux actions en indemnité, auxquelles la perte de la chose léguée aurait pu donner naissance contre des tiers; soit aux restes de cette chose et à ses accessoires.

C'est ce que disaient nos anciens auteurs, à l'exemple desquels le législateur du Code a cru devoir mentionner cette hypothèse, qui n'a rien de spécial à la matière des legs. (Ricard; Pothier, *loc. supra cit.*)

Et c'est ce que reconnaissent aussi les auteurs nouveaux.

§ 3.

Des effets de la révocation et de la caducité des testaments.

SOMMAIRE.

352. — Exposition.
353. — La révocation judiciaire, qui a lieu pour cause d'inexécution des conditions, ou pour cause d'ingratitude du légataire, produit-elle les mêmes effets que la caducité et la révocation, qui a lieu par le fait du testateur?
354. — *Quid*, de la nullité d'un legs pour vice de forme de l'acte testamentaire ?
355. — Suite. — *Quid*, de la nullité d'un legs excessif fait à un enfant naturel par son père ou par sa mère? — Renvoi.
356. — La règle est que la révocation ou la caducité d'un legs profite à celui, qui était chargé de l'acquitter, ou au préjudice duquel le legs aurait reçu son exécution. — Exemples.
357. — Suite.

352. — Que la disposition, révoquée ou caduque, ne profite pas au légataire, qui en avait été l'objet, cela va de soi! et ce n'est pas cet effet évident de la révocation ou de la caducité, qu'il s'agit d'exposer.

Mais cette disposition, que devient-elle? à qui profite-t-elle?

Voilà ce que nous devons rechercher, et ce qui n'est pas toujours, à beaucoup près, aussi simple!

353. — Mais, d'abord, il importe de savoir si la révocation judiciaire, qui a lieu pour cause d'inexécution des conditions ou pour cause d'indignité du légataire, produit les mêmes effets que la révocation, qui a lieu par le fait du testateur.

On a enseigné la négative, et que la révocation judiciaire d'un legs ne donnait ouverture ni à la substitution

vulgaire, ni au droit d'accroissement. (Comp. Julien, *Inst.*, liv. II, tit. xv; Furgole, chap. ix, n° 116; Toullier, t. III, n° 698; Taulier, t. IV, p. 187; Alban d'Hautuille, *Essai sur le droit d'accroissement*, p. 187 et suiv.)

Nous avons déjà exprimé la doctrine contraire. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 84.)

Et nous ne pouvons qu'y persévérer.

Il est vrai que les articles, qui, dans notre Section, s'occupent du droit d'accroissement (1044, 1045), sont placés *après* les articles, qui s'occupent de la révocation faite par le testateur (1035-1043), et *avant* les articles, qui s'occupent de la révocation judiciaire (1046, 1047).

Mais la classification des articles n'a pas été faite dans notre Code, avec une méthode assez rigoureuse, pour fournir, à elle seule, un argument décisif, surtout lorsqu'il s'agit d'arriver à une conclusion contraire aux principes; or, telle est, à notre avis, la conclusion, que nous combattons.

Les principes, en effet, nous paraissent exiger que, lorsqu'une fois la révocation d'un legs a été prononcée par la justice, ce legs soit traité comme si la révocation avait été prononcée par le testateur lui-même! (*Supra*, n° 285.)

Et voilà pourquoi nous pensons que les mêmes effets doivent résulter de l'une et de l'autre révocation. (Comp. Cass., 22 juin 1847, Gouthey, Dev., 1847, I, 672; Pau, 17 août 1854, Lalanne-Lapuyade, D., 1855, II, 77; Cass., 15 nov. 1855, Laborgne, Dev., 1856, I, 185; Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. i, sect. ix, n° 1; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. vi, sect. v, § 1; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n°s 688-690; Vazeille, art. 1044, n° 10; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 354, note *a;* Sebire et Carteret, *Encyclop. du droit*, v° *Accroissement*, n° 37; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 196 et 215.)

354. — Il faut même ajouter que des effets, analogues à ceux de la caducité, résultent, en général, aussi

de toute cause, qui empêche que le legs soit exécuté au profit de celui qui en a été l'objet; telle serait, par exemple, la nullité pour vice de forme, ou autrement, de l'acte testamentaire, par lequel il avait été fait. (Comp. le tome I, n° 191, et le tome IV, n° 532.)

Tel serait aussi le cas où le testateur s'étant réservé la faculté de grever un legs du payement d'une certaine somme, ou de disposer de quelques-uns des objets qui y sont compris, serait mort, sans avoir usé de cette faculté; il n'est pas douteux que c'est le légataire, qui en profiterait, en obtenant l'intégralité du legs sans charges; car, l'article 946, qui déclare nulle cette réserve, en matière de donations entre-vifs, est évidemment inapplicable aux testaments! (Comp. art. 1086; Merlin, *Répert.*, v° *Accroissement*, n° 11.)

555. — Nous devons rappeler, toutefois, qu'il y a certaines incapacités de recevoir, à l'égard desquelles c'est une question délicate de savoir si la nullité, qui en résulte, est soumise aux règles ordinaires de la caducité.

C'est ainsi que nous avons examiné si l'incapacité de l'enfant naturel de recevoir de ses père et mère au delà d'une certaine quotité, produit la caducité de la disposition excessive, et si elle doit profiter au légataire universel, à l'exclusion de l'héritier légitime. (Comp. le tome I, n°s 688, 689.)

Mais, en règle générale, la révocation ou la caducité d'un legs, de quelque cause qu'elles proviennent, produisent les mêmes effets.

556. — Eh bien! donc, quels sont ces effets?

La règle est très-simple :

C'est que la révocation ou la caducité d'un legs, résultant d'une cause quelconque, autre, bien entendu, que la perte de la chose léguée, profite à celui, qui était chargé de l'acquitter, ou au préjudice duquel le legs aurait reçu son exécution. (Comp. Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VII, sect. I, 7e règle; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4585.)

Et cela est, en effet, très-simple ; c'est le débiteur, qui se trouve libéré par l'extinction de la dette !

« *Manere oportet, quod fuerit defectum, apud eos a* « *quibus sit derelictum.* » (L. *un.*, § 8, Cod. *de Caduc. tollend.*)

Telle est la formule de Justinien, qui peut être encore aujourd'hui la nôtre.

D'où il résulte que la révocation ou la caducité du legs profite :

Soit aux héritiers légitimes, ou aux successeurs irréguliers, et par conséquent aussi à l'État, si c'étaient les héritiers légitimes, ou les successeurs irréguliers, qui se trouvaient chargés de l'acquitter;

Soit au légataire universel, à l'exclusion des héritiers, fussent-ils réservataires, puisqu'il était seul chargé de l'acquitter (art. 1013);

Soit aux légataires à titre universel, proportionnellement à la part dont chacun d'eux était tenu du legs;

Soit enfin au légataire particulier, à la charge duquel avait été mis, en sous-ordre, le legs, qui se trouve révoqué ou caduc. (L. 60, *de Legat.* 2°; ff. L. 40, § 2, ff. *de auro, argento;* Ricard, Part. III, n° 503 ; Pothier, *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n°s 142, 143.)

C'est par la même raison que le légataire de la nue propriété profite de la révocation ou de la caducité du legs d'usufruit des biens compris dans la disposition faite en sa faveur (comp. Poitiers, 2 juin 1824, Roumieux, Sirey, 1825, II, 59; Cass., 22 juillet 1835, Pélissier de Pierrefeu, Dev., 1835, I, 641 ; Cass., 11 avril 1838, Mengelle, Dev., 1838, I, 418; Domat, *loc supra cit.*; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n° 597, 598; Toullier, t. III, n° 677; Duranton, t. IX, n° 457; Coin-Delisle, art. 1046, n° 9; Troplong, t. IV, 2160; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 200, 201; voy. toutefois, en sens contraire, Vaugeois, *Étude sur la caducité du legs d'usufruit*, Revue critique, 1868, t. XXXIII, p. 361 et suiv.)

357. — Et, comme l'intérêt est la mesure des actions, il faut déduire encore de notre règle cette conséquence, que celui qui doit profiter de la révocation ou de la caducité d'un legs, a seul qualité pour agir en justice, afin de faire déclarer que le legs est révoqué ou caduc.

C'est ainsi que l'héritier légitime n'aurait pas qualité pour faire valoir la révocation ou la caducité d'un legs à titre particulier, ou à titre universel, ou même universel, s'il était exclu par un légataire universel (comp. Cass., 14 déc. 1819, Broë de la Navarre, Sirey, 1820, I, 131; Cass., 29 mai 1832, 1re espèce, Bragade; 2e espèce, Bataille, D., 1833, I, 219,220; Cass., 22 août 1836, de Villereau, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4387; Cass., 3 mars 1857, Sauvan; Dev., 1857, I, 182; Merlin, Répert., v° *Instit. d'héritier*, sect. II, n° 3, et sect. VII, n° 7; v° *Légataire*, § 11, n° 18 *bis;* Grenier, t. II, n° 349; Toullier, t. III, n° 679; Coin-Delisle, art. 1046,1047, n° 9).

358. — La question s'est, dès longtemps, élevée de savoir si celui, qui profite, n'importe à quel titre, de la révocation ou de la caducité d'une disposition testamentaire, est tenu d'accomplir les charges et d'exécuter les legs en sous-sordre, dont cette disposition avait été grevée par le testateur.

Et elle a été, dès l'origine aussi, résolue par une distinction, qui nous paraît devoir toujours être admise :

Ou la charge était personnelle ;

Ou elle était réelle.

Dans le premier cas, elle s'est éteinte avec le legs, par l'effet de la révocation ou de la caducité ; comme, dans cet exemple, que cite Pothier, d'un legs fait à Jacques, qui était mathématicien, *à la charge d'enseigner les mathématiques au fils du testateur*. (*Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans,* n° 146; *voy.* aussi L. *unic.*, Cod., *de Caduc. toll.*, § 9, *sin vero talis.*)

Mais, au contraire, dans le second cas, il n'y a pas de

motif pour que la charge, qui avait été imposée par le testateur à la chose léguée plutôt encore qu'au légataire, ne doive pas être accomplie par celui qui recueillera cette chose en son lieu et place.

Je lègue ma ferme à Paul, à la charge par lui de payer 50 000 *fr. à Pierre, à qui je les lègue.*

Ce sont là, en réalité, deux legs, dont l'un sans doute a été mis à la charge de l'autre, mais qui, malgré ce lien, qui semble les unir dans la formule, dont le testateur s'est servi, n'en sont pas moins distincts l'un de l'autre.

Ce legs en sous-ordre de 50 000 fr. devra donc être exécuté par celui qui recueillera la ferme, à quelque titre que ce soit.

Par celui, disons-nous, *qui recueillera la ferme.*

Car, si la caducité provenait de la perte de la chose, qui faisait l'objet du legs principal grevé du legs en sous-ordre, la caducité de l'un devrait entraîner la caducité de l'autre; et cela, par une conséquence aussi logique de notre distinction, c'est-à-dire précisément parce que cette charge était réelle. (Comp. le tome Ier de ce *Traité*, n° 78; Pau, 24 juin 1862, Dartigues, Dev., 1863, II, 134; Nîmes, 16 août 1865, Eyssette, Dev. 1866, II, 60; Ricard, *des Disposit. condit.*, n° 143; Furgole, *des Testam.*, chap. VII, sect. VII, nos 1 et suiv.; Proudhon, *de l'Usufruit,* t. II, nos 597, 598; Duranton, t. IX, n° 457; Coin-Delisle, art. 1046, 1047, n° 11; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 324, note *b*, *Appendice*, et t. III, n° 349, note *a*; Troplong, t. I, n° 421; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 200; Massé et Vergé, t. III, p. 303.)

359. — Tel est, disons-nous, l'effet ordinaire de la révocation ou de la caducité (*supra*, n° 356).

Mais, comme cet effet n'a pour cause que la volonté présumée du testateur, qui est, en cette matière, la règle de toutes les solutions, il s'ensuit qu'il doit cesser, lors-

que le testateur a manifesté, expressément ou tacitement, une volonté contraire.

Or cette manifestation peut se produire principalement dans trois cas, savoir :

1° Lorsque la révocation d'un legs, fait d'abord à une personne, résulte de la translation de ce même legs à une autre personne (*supra*, nos 184 et suiv.);

2° Lorsque le testateur a établi une substitution vulgaire;

3° Lorsqu'il a établi le droit d'accroissement.

360. — Nous avons exposé déjà ce qui concerne la substitution vulgaire, par laquelle un légataire est appelé, en second ordre, à recueillir le legs, pour le cas précisément où il deviendrait caduc par l'incapacité ou le refus du légataire en premier ordre. (Comp. le tome Ier, nos 74 à 84; Paris, 11 mars 1836, Rouyer, D., 1836, II, 83; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 201, 202.)

361. — Et nous n'avons à nous occuper ici que du droit d'accroissement.

Les deux articles, que notre Code y a consacrés, sont ainsi conçus :

Article 1044 : « Il y aura lieu à accroissement au pro-
« fit des légataires, dans le cas où le legs serait fait à plu-
« sieurs conjointement.

« Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le
« sera par une seule et même disposition, et que le tes-
« tateur n'aura pas assigné la part de chacun des colléga-
« taires dans la chose léguée. »

Article 1045 : Il sera encore réputé fait conjointement,
« quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divi-
« sée sans détérioration, aura été donnée par le mê-
« me acte à plusieurs personnes, même séparément. »

Cette matière est difficile ! c'est d'elle que Vinnius a dit :

« *Nulla, in toto jure nostro creditur esse vel subtilior, vel perplexior.* » (*Comm. Inst. de legat.*, § 8.)

Et Furgole déclare « *qu'elle fourmille en difficultés ardues et subtiles*, et qu'on y court fort le risque *de prendre l'erreur pour la vérité!* » (Chap. IX, n° 1 ; *voy.* aussi Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. I, sect. IX, *du droit d'accroissement.*)

Mais pourquoi donc?

Il semblerait, au contraire, d'abord, que cette thèse est très-simple.

De quoi s'agit-il, en effet?

Uniquement d'une question d'interprétation.

Un testateur a légué une même chose à plusieurs légataires; et l'un d'eux fait défaut.

Que deviendra sa part?

Profitera-t-elle, suivant la règle générale, à celui qui était chargé d'acquitter le legs? (*Supra*, n° 356.)

Ou, au contraire, devra-t-elle s'ajouter et *accroître* à la part des autres légataires?

Telle est notre thèse; et à ne consulter que les principes, il n'y a évidemment, pour la résoudre, d'autre procédé à suivre que d'interroger la volonté du testateur.

Cette volonté, c'est dans les termes, dont il s'est servi, et dans la manière dont il a conféré à plusieurs le legs de la même chose, qu'il faut la rechercher.

« L'accroissement, dit Ricard, peut seulement avoir son effet, *lorsqu'une même chose a été léguée à deux ou à plusieurs indivisément et solidairement*, et que le partage et la division ne s'en doivent faire que par le concours des colégataires; de sorte que s'ils concourent tous, comme, par ce concours, la solidité est ôtée et le partage fait, le droit d'accroissement n'a point lieu; mais si l'un des colégataires ne vient point prendre sa part, la division ne se fait point; et la solidité demeure à ceux qui recueillent ce legs, qui est ce que nous appelons droit d'accroissement. » (Part. III, n° 445.)

Celse avait dit plus brièvement :

« *Conjonctim legari hoc est :... tota legata singulis data*

« *esse; partes autem concursu fieri.* « (L. 80, ff. *de Legat.*, 1°; ajout. L. 7, § 3, ff. *de Usufr. adcresc.*)

362. — Ce qu'il faut donc, pour que l'accroissement ait lieu, c'est que ceux auxquels la même chose a été léguée, soient, en effet, *collègues;* c'est qu'ils soient appelés *in solidum;* c'est enfin, pour employer le mot technique, qu'ils soient *conjoints*, de telle façon, que la chose se trouve léguée tout entière à chacun d'eux.

Or, les légataires, d'après les anciens principes, pouvaient être conjoints principalement de trois manières, que Paul exprimait en ces termes:

« Triplici modo conjunctio intelligitur : aut enim *re* « per se conjunctio contingit; aut *re et verbis;* aut *verbis* « *tantum....* » (L. 116, ff. *de Verb. signif.*)

1° *Je lègue ma maison à Pierre;*

Je lègue cette même maison à Jules.

Voilà la conjonction *re tantum*, la conjonction *réelle*, celle qui est faite par deux phrases séparées, par deux dispositions distinctes.

Pierre et Jules, en effet, ne sont pas conjoints *verbis;* et il y a là, non pas un seul legs au profit de deux colégataires, mais des legs séparés au profit de deux légataires différents; aussi, a-t-on dit que le legs lui-même, dans ce cas, est fait *disjunctim* ou *separatim*, et que les légataires, bien loin d'être *conjoints*, sont, au contraire, *disjoints!* car, la *conjonction* véritable, en matière de legs, résulte de la forme du langage, *ex oratione verborum*, dit Vinnius. (Sur le § 8, *Inst. de legat.*)

Seulement, comme c'est la même chose, qui fait l'objet de ces deux legs, on a admis que les légataires étaient conjoints *re*.

2° *Je lègue ma maison à Pierre et à Jules.*

Voilà la conjonction *re et verbis*, la conjonction *mixte*, celle qui est faite par une seule et même phrase, par une disposition unique.

Et, pour cette fois, le legs lui-même est certainement

fait *conjunctim* aux deux légataires, qui se trouvent unis, non-seulement par la chose léguée, mais encore par la formule du legs :.... *quos et nominum et rei complexus jungit.* (Paul, *supra.*)

3° Enfin, *je lègue ma maison à Pierre et à Jules, par égales parts,* ou dans toute autre proportion.

Voilà la conjonction *verbis tantum*, la conjonction *verbale,* celle qui est faite par une seule et même phrase, avec assignation de parts.

Pierre et Jules sont bien alors, il est vrai, conjoints dans la même disposition, *verbis.*

Mais sont-ils conjoints par la chose, *re?* non pas! car, cette assignation des parts fait qu'il n'y a pas un seul legs d'une même chose, mais deux legs distincts, dont chacun a pour objet une chose différente.... *quoniam semper partes habent legatarii.* (Paul, L. 89, ff. *de Legat.* 1°.)

Il était nécessaire d'exposer, d'abord, cette ancienne terminologie, qui est classique dans notre matière.

Nous aurons à voir bientôt si notre Code l'a maintenue, ou s'il ne s'en est pas, au contraire, départi (*infra*, n°s 366 et suiv.).

363. — Telle est, à grands traits, l'esquisse de la théorie du droit d'accroissement.

Et nous croyons que ce premier aspect, qui est le vrai, témoigne que cette matière n'offre d'autre difficulté, que celle qui s'attache toujours, plus ou moins, aux questions d'interprétation.

Le droit d'accroissement, en définitive, procède, comme la substitution vulgaire, de la volonté du testateur; seulement, tandis que, dans la substitution vulgaire, cette volonté du testateur est généralement expresse et formelle, elle n'est que tacite et présumée dans le droit d'accroissement; et de là, précisément, les incertitudes; mais il semble que ces incertitudes ne devraient avoir rien de plus intense, dans cette partie de notre sujet, que dans les autres.

D'où vient donc qu'elle a, dès longtemps, paru si redoutable?

La cause est sans doute dans les traditions historiques, qui sont, en cet endroit, particulièrement compliquées!

L'accroissement entre les légataires est, en effet, dans l'histoire de la législation romaine, d'où il tire son origine, l'une des matières du droit privé, qui ont subi peut-être le plus de vicissitudes, et ressenti le plus profondément l'influence des principes politiques, qui ont présidé au gouvernement de l'État.

Ajoutons que la chaîne de ces traditions a été, pendant longtemps, interrompue; et la récente découverte des commentaires de Gaius, en jetant sur ce sujet des clartés nouvelles, a démontré que beaucoup d'interprètes, et des meilleurs, qui ont été privés de ce guide précieux, se sont plusieurs fois égarés.

Il ne saurait entrer dans notre plan, de retracer le tableau complet de ces vicissitudes; d'autant plus que cette œuvre a été accomplie déjà par quelques jurisconsultes, d'une façon très-remarquable! (comp. notamment Aoltius, *Analyse historique du droit d'accroissement, d'après le Droit romain, les lois de Justinien, et les principales législations modernes de l'Europe,* Thémis, t. IX, p. 235 et 524; et t. X, p. 321; Alban d'Hautuille, *Essai sur le droit d'accroissement;* Machelard, *Dissertation sur l'accroissement,* etc.)

364. — Ce qui est nécessaire, toutefois, pour l'explication même des articles de notre Code, c'est de rappeler succinctement quelles furent les dispositions principales du Droit romain et de notre ancien Droit français.

I. — Il faut, en Droit romain, distinguer trois époques, dans l'histoire du droit d'accroissement.

a — La première est celle de l'ancien Droit, antérieurement au règne d'Auguste et à la loi Papia Poppæa.

Sous ce régime, où l'on distingue quatre formules de

legs : *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *per præceptionem*, l'accroissement est indépendant de la conjonction ou de la disjonction; il dépend uniquement de la formule, qui a été employée par le testateur, et de la nature du droit, qui en résulte pour le légataire.

Le legs de la même chose a-t-il été fait à deux ou à plusieurs, *per vindicationem*, sans assignation de parts?

L'accroissement a toujours lieu; ce legs conférant à chacun des colégataires, un droit complet de propriété de la chose entière!

Tandis que l'accroissement, au contraire, n'a jamais lieu, s'il s'agit d'un legs *per damnationem*, qui ne confère, à chacun des légataires, qu'une créance essentiellement divisible;

Et cela, sans distinguer si le legs a été fait *conjunctim vel disjunctim*.

A-t-il été fait *conjunctim?* « *Hæres meus fundum meum Titio et Seio dare damnas esto* ; » chacun d'eux n'aura jamais que la moitié du fonds.... « *quoniam damnatio partes facit!* » disent les fragments du Vatican (§ 85-88).

A-t-il été fait *disjunctim?* « *Hæres meus fundum meum Titio dare damnas esto; — hæres meus eumdem fundum Seio dare damnas esto....* » Pas d'accroissement non plus! ce qui résulte, en effet, d'un legs ainsi formulé, ce sont deux créances de tout le fonds, deux créances distinctes : l'une au profit de Titius; l'autre au profit de Seius. Si les deux légataires recueillent chacun son legs, l'héritier devra délivrer à l'un la chose, à l'autre l'estimation : *alteri rem, alteri ejus æstimationem;* et si l'un d'eux est défaillant, l'héritier, sans doute, n'aura à acquitter qu'un seul legs; mais la part de l'autre légataire ne s'en accroîtra pas pour cela, puisque, même en cas de concours, il avait droit à toute la chose!

Quant aux legs *sinendi modo* et *per præceptionem*, dont le caractère était moins tranché, ils avaient excité des

doutes, *major dissensio*, dont nous ne nous occuperons pas. (Gaius, *Comm.*, II, § 199 et suiv.)

Le droit d'accroissement, dans cette première époque, est donc subordonné aux termes rigoureux de la formule du legs.

Mais, du moins, peut-on dire que, si les termes des diverses formules en sont la cause immédiate, c'est dans la volonté du testateur, que s'en trouve la cause efficiente, puisque le testateur est libre d'employer, à son gré, l'une ou l'autre de ces formules.

b—Tout autre est le régime de la seconde époque, sous les lois Julia et Papia Poppæa!

On sait le caractère politique de ces lois célèbres, et qu'elles se proposaient tout à la fois de remédier à l'épuisement de la population légitime des citoyens, et à la pénurie du trésor public.... *incitandis cœlibum pœnis, augendo ærario.* (Tacite, *Ann.*, III, 25.)

A cet effet, elles multiplièrent les causes d'incapacité et de déchéance; et les dispositions testamentaires, qui se trouvaient *caduca* ou *in causa caduci,* avant d'être dévolues au fisc, furent attribuées, dans un ordre successif de préférence, en premier lieu, à ceux des légataires qui, ayant des enfants, étaient conjoints dans le même testament.... *ut collegatarius conjunctus, si liberos habeat, potior sit* (Gaius, *loc. supra cit.*); de sorte que, du même coup, dont les lois punissaient les *cœlibes* et les *orbi,* elles récompensaient les *patres*.

Que devint alors le droit d'accroissement? ce simple exposé suffit à le dire : le droit d'accroissement fut anéanti! excepté seulement dans certains cas, pour lesquels les lois Papia Poppæa laissèrent, par faveur, subsister le *jus antiquum in caducis.* (Ulpiani, *Reg.*, tit. XVIII.)

Le droit d'accroissement fut, dis-je, anéanti, j'entends le vrai droit d'accroissement, celui que nous étudions, et qui dérive de la volonté présumée du testateur.

C'est, en effet, un droit nouveau et tout différent qui

prend alors sa place; un droit fondé, non plus sur la volonté du disposant, mais sur la volonté arbitraire du législateur! aussi, ne dit-on plus le *jus adcrescendi ;* on dit le *jus caduca vindicandi ;* expressions, qui témoignent qu'il s'agit désormais d'un mode d'acquérir *ex lege.* (Ulpiani, *Regul.*, tit. XIX, § 17.)

Et cela est, en effet, d'évidence, puisque la première condition, à laquelle ce mode d'acquérir est soumis, celle d'avoir des enfants, est absolument indépendante de la volonté du testateur!

Quant à la seconde condition, celle d'être colégataire conjoint, nous tenons particulièrement à la signaler; car c'est la seule époque, dans le Droit romain, où il y ait eu à distinguer si le legs est fait *conjunctim vel disjunctim;* distinction, qu'il n'a été, ni avant, ni après, nécessaire de faire! aussi, est-ce à cette époque, que l'on voit naître cette analyse savante, et qui est depuis devenue si compliquée, des diverses espèces de conjonctions, par lesquelles les légataires peuvent être unis.

La loi Papia Poppæa, en effet, accordant le *jus caduca vindicandi* aux légataires conjoints, les jurisconsultes eurent à décider quels légataires devaient être considérés comme conjoints.

Ils ne firent aucune difficulté à reconnaître comme tels, les légataires conjoints *re et verbis.*

Mais les légataires conjoints *re tantum?* ils ne trouvèrent, au contraire, en eux, que des *disjoints.*

En ce qui concerne les légataires conjoints *verbis tantum*, ils hésitèrent : *Quæstionis est*, dit Paul; et, néanmoins, ils les traitèrent comme conjoints, et leur reconnurent le *jus caduca vindicandi.*

Mais, dira-t-on, est-ce que cela est possible? comment comprendre que l'on ait refusé aux légataires, auxquels la chose avait été léguée *in solidum*, par des dispositions séparées, *conjuncti re*, le droit, que l'on accordait aux légataires, auxquels la chose n'avait été léguée qu'avec une

assignation de parts, qui détruisait l'unité du legs et l'identité de la chose léguée, *conjuncti verbis?*

C'est que tels étaient les termes précis de la loi, de laquelle seule dérivait ce *jus caduca vindicandi;* on n'avait pas alors à se préoccuper de la volonté du testateur, qui ne jouait, en ceci, aucun rôle!

Étiez-vous *collegatarius conjunctus*, en prenant ces mots, rigoureusement, au pied de la lettre?

Telle était la seule question.

Or, les légataires *conjuncti verbis*, quoiqu'ils fussent *disjuncti re*, étaient conjoints dans le même legs;

Donc, ils avaient le *jus vindicandi!*

Et c'est par la même raison, en sens inverse, que les légataires *disjuncti verbis*, quoiqu'ils fussent *conjuncti re*, ne l'avaient pas!

La loi 89 au Digeste, *de Legatis* 3°, est formelle en ce sens.

Loi fameuse! qui a fait, pendant longtemps le tourment des interprètes, et qui est, en effet, demeurée inexplicable, tant qu'on a voulu l'entendre du droit d'accroissement proprement dit! car, elle ne se réfère évidemment qu'à cet ordre arbitraire de préférence, que la loi Papia Poppæa avait établi dans la dévolution du *jus vindicandi:* très-arbitraire, en effet! et nous sommes de l'avis de notre cher collègue, M. Machelard (p. 137), qui remarque, que si l'interprétation nouvelle a déchargé le *jus adcrescendi* de cette *monstruosité*, le poids en retombe tout entier sur le *jus caduca vindicandi!*

Et pourtant (qui pourrait nier, en présence d'un tel exemple, la souveraine et mystérieuse puissance des traditions même les plus reculées!) c'est ce contraste entre les diverses espèces de conjonctions, que nous verrons reparaître dans notre Code, où il y sera, pour cette fois, absolument inexplicable! (*infra*, n° 376).

c. La troisième époque est celle de Justinien, qui, d'une part, abolit les diverses formules des legs, et com-

plète, d'autre part, l'abrogation des lois Caducaires que les Constitutions de Caracalla et de Constantin avaient déjà commencée. (Ulpiani, *Reg.*, tit. XVII, § 2; Cod., tit. *de Infirm. pœnis cœlilatus;* L. *unic.*, Cod. *de Caduc. tollend.*)

L'empereur rétablit, en conséquence, le vrai droit d'accroissement, et le fonde sur sa base naturelle, la volonté présumée du testateur.

Il suffit dès lors, pour qu'il ait lieu, qu'une même chose ait été léguée à deux ou à plusieurs, *sive conjunctim, sive disjunctim*; pourvu toujours, bien entendu, qu'il n'y ait pas une assignation de parts telle, qu'elle détruise l'identité de la chose léguée et l'unité du legs (§ 8, *Inst. de legat.*).

Et voilà comment s'écroule tout le système des lois caducaires, qui reposait, au contraire, sur la *conjonction*.

Bien plus! la *disjonction*, que nous venons de voir si méconnue, Justinien la relève de sa disgrâce! et comparant les *conjuncti re et verbis* aux *conjuncti re tantum*, qui sont, comme on sait, les *disjuncti*, il reconnaît que les légataires disjoints *verbis*, mais conjoints *re*, sont appelés chacun à toute la chose, par un titre bien plus fort que les légataires conjoints *re et verbis!* car, c'est bien, en effet, toute la chose, qui a été léguée à chacun, *separatim;* de sorte que si l'un est défaillant, la part de l'autre ne s'accroît pas; seulement, elle n'est pas diminuée; il la conserve comme ont dit les interprètes, non pas *jure adcrescendi*, mais *jure non decrescendi!*

Et de là, en effet, cette différence, que la Constitution justinienne établit entre les légataires conjoints *re et verbis* et les légataires disjoints *verbis*, mais conjoints *re*, à savoir : que, pour les premiers, l'accroissement est volontaire et a lieu avec les charges; tandis qu'il est, pour les seconds, forcé et sans charges (§ 2; comp. *infra*, n° 395).

365. — II. Nos anciens jurisconsultes français suivirent, en général, sauf quelques modifications, le système de Justinien.

Il faut reconnaître, toutefois, qu'ils ne l'ont pas toujours exactement compris, et qu'ils y ont appliqué des expressions qui, très-conformes au système de *conjonction*, admis par les lois caducaires, ne convenaient plus au système de Justinien, dont la base était tout autre! (comp. Domat, *Lois civ.*, liv, III, tit. 1 sect. IX, n° 5; Ricard, Part. III, chap. IV, sect. II et III; Pothier, *des Donat. testam.*, chap VI, sect. V, § 4).

Mais il serait injuste de leur en faire un reproche!

La faute en est bien plutôt à la compilation Justinienne, dont les fragments, empruntés à des jurisconsultes contemporains des lois caducaires, portent encore des traces nombreuses et très-discordantes des distinctions, que ces lois avaient fait naître (comp. *supra*, n° 364).

366. — Tel est l'héritage, que le législateur de 1804 était appelé à recueillir.

Qu'en a-t-il fait?

On peut dire, sans exagération, qu'il l'a répudié!

Soit, en effet, que l'on considère les mots, qu'il emploie, soit que l'on s'attache au fond des choses, il est difficile de ne pas reconnaître que c'est une théorie nouvelle, que les articles 1044 et 1045 ont inaugurée, en cette matière.

Quant aux mots d'abord, combien leur acception est changée!

Ces articles, posant la *conjonction* comme base du droit d'accroissement exigent que le legs soit fait *conjointement*.

Et ils déclarent :

1° Que le legs à plusieurs, *par une seule et même disposition*, avec assignation de parts, n'est pas fait conjointement;

2° Que le legs de la même chose fait à plusieurs, *séparément*, c'est à-dire par deux dispositions séparées, est fait conjointement, dans le cas où la chose léguée n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration.

Mais ceci n'est, ni plus ni moins, que le *contre-pied* de toute la terminologie ancienne!

D'un legs fait à plusieurs, de la même chose, par une seule et même disposition, avec assignation de parts, on a pu dire et on a toujours dit, en effet, qu'il ne donnait pas lieu au droit d'accroissement; mais on n'a jamais dit qu'il n'était pas fait *conjointement :* car, évidemment, les légataires sont alors conjoints, du moins *verbis!*

Et, quant au legs fait de la même chose à plusieurs par des dispositions séparées, *séparément*, on a toujours considéré qu'il était fait *disjointement;* ce qui paraît, en effet, très-clair! sans doute, les deux legs sont alors conjoints par l'identité de la chose, *re*; mais il n'y en a pas moins deux legs séparés; et puisqu'il y a deux legs, il est bien impossible d'y voir un *seul legs* fait *conjointement!*

Notre savant collègue, M. Colmet de Santerre, loue le législateur de 1804 *d'avoir débarrassé la matière des expressions latines, qui désignaient les trois espèces de conjonctions* (t. IV, n° 198 *bis*).

Nous hésitons beaucoup à nous associer à cet éloge.

Notre crainte, au contraire, c'est que ce sens tout nouveau, donné à des termes, dont la signification était consacrée par des traditions séculaires, n'ait singulièrement contribué à jeter encore plus d'obscurité dans ce sujet déjà si ténébreux! d'autant plus, que l'ancienne signification, loin d'avoir rien d'arbitraire, était, au contraire, le résultat, logiquement et grammaticalement exact, de la savante analyse, qui en avait été faite.

Aussi, qu'est-il arrivé?

C'est que cette terminologie et la triple classification

qu'elle représente, n'ont pas cessé d'avoir cours dans la doctrine et dans la pratique!

Voilà pour les mots.

367. — Voyons maintenant le fond, et quelle est la théorie de notre Code.

On peut résumer les articles 1044 et 1045 dans les trois propositions suivantes :

1° Le droit d'accroissement a toujours lieu entre les légataires unis *re et verbis*, par la conjonction *mixte*,

2° Il n'a jamais lieu entre les légataires unis *verbis tantum*, par la conjonction purement *verbale;*

3° Et, quant aux légataires unis *re tantum*, par la conjonction purement *réelle*, il faut distinguer :

L'accroissement n'a pas lieu, si la chose léguée est susceptible d'être divisée sans détérioration;

Il a lieu dans le cas contraire.

368. — 1° Que l'accroissement ait lieu entre les légataires conjoints *re et verbis*, cela est tout simple! (Art. 1044.)

Nous y trouvons bien, en effet, la double condition, d'où procède l'accroissement, à savoir : l'identité de la chose et la solidarité de vocation.

L'identité de la chose! condition *sine qua non*, d'où peut seule résulter la solidarité de vocation (comp. art. 1200).

« Si *eadem res* duobus legata sit.... » dit Justinien (*Inst.*, § 8, *de Legat.*).

Pothier, et les anciens auteurs, déclarent aussi qu'il faut que *la même chose* soit léguée à plusieurs pour le total. (*Des Donat. testam.*, chap. VI, sect. V, § 4.)

Et nos articles exigent eux-mêmes virtuellement cette condition essentielle, sans laquelle aucune relation ne pourrait se comprendre entre les légataires. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 292; Colmet de Santerre, t. IV, n° 196 *bis*; Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 325).

369. — Mais, d'ailleurs, peu importe la nature de la chose, corporelle ou incorporelle, corps certain ou quantité.

Il est vrai que quelques auteurs ont autrefois soutenu que le droit d'acroissement ne devait pas avoir lieu dans les legs de quantités. (Bartole, Balde, Paul de Castro, sur la loi 16, § 2, ff. *de Legat.* 1°; Mantica, *de Conject. ult. volunt.*, lib. X, tit. III, n° 29.)

Mais cette doctrine n'avait pas été admise, dans notre ancien Droit. (Comp. Ricard, Part. III, n° 521; Pothier, *loc. supra cit.;* Ortolan, *Explicat. historique des Inst. de legat.*, § 8.)

Et elle ne doit pas être admise non plus dans notre Droit nouveau, où elle ne trouverait aucun appui dans les textes.

Si donc un testateur a dit :

« *Je lègue* 100 000 *fr. à Pierre et à Paul;* »

Et que l'un des légataires soit défaillant, l'autre aura droit aux 100 000 fr.; car, chacun d'eux, dit Pothier, est légataire *de la même somme* pour le tout. (*Loc supra;* comp. *infra*, n° 375; Douai, 6 août 1846, Lancien-Grigny, Dev., 1848, II, 252; Troplong, t. IV, n° 2190.)

370. — 2° L'accroissement n'a jamais lieu, au contraire, entre les légataires conjoints *verbis tantum* (*supra*, n° 367.)

Et très-justement !

Ce qui leur manque, en effet, à ceux-là ! c'est précisément la condition de l'indentité de la chose leguée, appelés qu'ils sont, *ab initio*, chacun à des portions distinctes de la chose, c'est-à-dire, à des choses distinctes les unes des autres; aussi, l'article 1044 va-t-il même jusqu'à nier qu'un tel legs soit fait conjointement (*supra*, n° 366).

Mais pourtant, les légataires conjoints *verbis tantum* avaient le *jus caduca vindicandi* (*supra*, n° 364).

Il est vrai! mais ils n'ont jamais eu le droit d'accrois-

sement; telle est, du moins, la solution, qui nous aurait paru la plus vraie, même en Droit romain, et dans notre ancien Droit français, au milieu des longues controverses, auxquelles cette thèse a donné lieu. (Comp. Ricard, Part. III, n° 471; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. V, § 4; Ortolan, *loc. supra cit.*; Machelard, p. 35, 36.)

371. — L'accroissement, disons-nous, n'a jamais lieu entre légataires conjoints *verbis tantum*.

Et nous maintenons cette proposition, toutes les fois, en effet, que l'assignation des parts est conçue en termes absolus, de manière à fractionner la vocation des légataires.

Comme si le testateur a dit :

« *je lègue ma ferme par moitié à Pierre et à Paul.* » (Comp. Turin, 23 août 1808, Dubois, Sirey, 1809, II, 374; Cass., 19 mai 1825, Volfius, Sirey, 1826, I, 10; Cass., 19 fév. 1861, Dornier, Dev., 1861, I, 421.)

371 *bis*. — Mais est-ce à dire, pourtant, que toute assignation de parts, quelle qu'elle soit, doive faire obstacle à l'accroissement?

« *Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul* POUR MES LÉGATAIRES EN JOUIR ET DISPOSER PAR PARTIES ÉGALES,... ou *pour la partager entre eux également.* »

Cette formule, ou toute autre semblable, est-elle exclusive du droit d'accroissement?

Cette question est controversée; et trois opinions se sont produites :

a. La première opinion enseigne l'affirmative, et que l'assignation des parts est, dans tous les cas, exclusive de l'accroissement, sans qu'il y ait lieu de distinguer si elle porte sur la vocation même des légataires, ou si elle ne porte que sur l'exécution du legs.

Cette opinion se fonde principalement sur ce double motif :

D'abord, que l'article 1044, en déclarant que l'accrois-

sement n'a pas lieu au profit des légataires conjoints *verbis tantum,* a voulu trancher les vives disputes, qui s'agitaient autrefois sur ce point, et que son but serait manqué, si on donnait encore passage aux distinctions, plus ou moins subtiles, qui les avaient suscitées (comp. Furgole, chap. IX, n° 15).

Ensuite, que cette assignation des parts n'aurait aucun sens, si on ne la rapportait qu'à l'exécution du legs; puisqu'il allait de soi que deux légataires, appelés conjointement, devaient partager également la chose léguée! (Comp. Cass., 19 janv. 1830, Rollin, Dev., 1830, I, 73; Douai, 6 août 1846, Lancien-Grigny, Dev., 1848, II, 252; Delvincourt, t. II, p. 93, note 10; Proudhon, *de l'Usufruit,* t. II, n°s 709 et suiv.; Ducaurroy, *Thémis*, t. VI, p. 319 et 328-330; Colmet de Santerre, t. IV, n° 199 *bis,* VI.)

372. — *b.* D'après la seconde opinion, il faut distinguer :

L'assignation des parts porte-t-elle sur le titre même des légataires, dont la vocation se trouve, *ab initio*, restreinte à une portion déterminée de la chose léguée? elle empêche le droit d'accroissement.

Mais elle n'y fait pas obstacle, si elle ne porte que sur l'exécution du legs, en cas de concours, et sur le partage à faire entre les légataires; c'est-à-dire si elle n'est qu'une clause accessoire, et, en quelque sorte, conditionnelle, par laquelle le testateur a seulement prévu le cas où le concours des légataires donnerait lieu à un partage, sans détruire d'ailleurs la clause principale, et pure et simple, par laquelle les légataires sont appelés, chacun à la totalité, pour le cas où l'un d'eux ferait défaut.

Voici comment les partisans de cette opinion argumentent :

C'est là, disent-ils, avant tout, une question d'interprétation; et on ne saurait admettre que le législateur ait voulu la trancher négativement, toujours et quand même! sans aucun souci des termes du testament, qui témoigne-

rait d'une volonté contraire! ce n'est pas d'ailleurs, un argument difficile à réfuter, que celui qui consiste à dire que l'assignation des parts, considérée seulement comme une clause accessoire, n'affectant que l'exécution des legs, se trouve inutile; mieux vaut encore y voir une clause inutile, que d'en faire sortir une conséquence, contraire à la volonté du testateur. Est-ce que le testateur, par un excès de précaution, ou même par ignorance, n'a pas pu vouloir compléter sa disposition, en s'expliquant lui-même sur le mode de partage du legs?

On convient que le testateur aurait pu déclarer expressément que l'assignation des parts faite par lui, pour le cas où tous les légataires recueilleraient, ne sera pas un obstacle à l'accroissement, pour le cas où l'un d'eux serait défaillant. (Comp. Tribunal civ. de Nevers, 22 juill. 1846, Michelet, Dev. 1847, II, 103; Colmet de Santerre, *loc. supra cit.*)

Pourquoi donc alors cette volonté ne pourrait-elle pas être exprimée tacitement, si elle est d'ailleurs reconnue certaine : *eadem vis est taciti atque expressi!* (Comp. Cass., 19 oct. 1808, Planté, Sirey, 1809, I, 31; Cass., 18 oct. 1809, Marette, Sirey, 1810, I, 57; Cass., 14 mai 1815, Dibarce, Sirey, 1815, I, 267; Aix, 14 déc. 1832, Pio de la Bastide, Dev., 1833, II, 103; Cass., 18 déc. 1853, Lemonier, Dev., 1833, I, 36; Paris, 25 mai 1833, Lemonier, Dev., 1833, II, 337; Cass., 22 févr. 1841, Sinson, Dev., 1841, I, 536; Douai, 22 janv. 1856, Wyers, Dev., 1857, II, 37; Cass., 9 mars 1857, mêmes parties, Dev., 1857, I, 254; Aix, 17 mars 1858, Nicolas, Dev., 1859, II, 223; Cass., 12 févr. 1862, Ogier, Dev., 1862, I, 385; Ricard, Part. III, n°s 471, 472; Merlin, *Répert.*, v° *Accroissement*, n° 2; Toullier, t. III, n° 691; Duranton, t. IX, n°s 505 et suiv.; Alban d'Hautuille, p. 192-194; Grenier, t. III, n° 350; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Troplong, t. IV, n°s 2174, 2175; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 203.)

373. — *c.* Enfin, il est une troisième opinion, qui rentre dans la seconde, mais dont la formule, toutefois, est plus large.

L'assignation des parts est-elle pure et simple? l'accroissement est impossible; et la décision judiciaire, qui l'aurait admis, devrait être cassée, pour violation de l'article 1044.

Mais si l'assignation des parts n'est pas pure et simple, si elle est accompagnée d'autres clauses, qui s'y rattachent, la question de savoir si ces clauses additionnelles en détruisent l'effet, est une question d'interprétation, que les juges du fait décident souverainement; et cela, de quelque manière que ces clauses soient conçues, et quelle que soit la place qu'elles occupent dans la construction grammaticale de la phrase.

Nous croyons que cette doctrine est la plus vraie; mais, finalement, on voit que, pour savoir si, en effet, les clauses, que le testateur a pu ajouter, détruisent ou non l'effet disjonctif de l'assignation des parts, qu'il a faite, il faudra toujours examiner s'il résulte de l'ensemble de la disposition, que cette assignation est principale et dispositive, ou seulement accessoire et réglementaire (comp. Tribun. civ. de Nevers, 22 juill. 1846, Michelet, Dev., 1847, II, 103; Cass., 27 janv. 1868, Rey, Dev., 1868, I, 54; Coin-Delisle, art. 1044, n°s 6 et suiv., Marcadé, art. 1044; Devilleneuve, *Observations*, 1847, *loc. supra cit.*, I; Sebire et Carteret, *Encyclop. du Droit*, v° *Accroissement*, n° 29; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 397; Saintespès-Lescot, t. V, n°s 1693, 1694).

374. — S'il peut arriver que le droit d'accroissement ne soit pas détruit par une clause additionnelle, dans laquelle le testateur, n'ayant en vue que l'exécution du legs, aurait assigné des parts égales à chacun de ses légataires, à plus forte raison peut-il en être ainsi, lorsqu'il leur a assigné, de la même manière, des parts inégales!

« *Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul, pour la partager en deux portions; savoir: deux tiers pour Paul, et un tiers pour Pierre.* »

On ne pourrait pas même, en effet, dans ce cas, présenter l'argument qui consiste à dire que cette assignation des parts était inutile à exprimer, et qu'elle ne produit aucun effet (*supra*, n° 371; comp. Cass., 18 déc. 1832, Lemonier, Dev., 1833, I, 36; Paris, 22 juin 1833, Mouton, D., 1833, II, 184; Cass., 12 févr. 1862, Ogier, Dev., 1862, I, 385; Toullier, t. III, n° 692; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 293, 294).

375. — Ce qui est d'ailleurs certain, c'est que, pour décider si le droit d'accroissement existe entre les légataires conjoints *re et verbis*, on n'a pas à s'enquérir si la chose léguée est ou n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration.

Le legs est-il fait sans assignation de parts? l'accroissement a lieu, lors même que la chose léguée serait divisible. (*Supra*, n° 369.)

Le legs est-il fait avec assignation de parts? l'accroissement n'a pas lieu, lors même que la chose léguée serait indivisible.

Notre texte, en effet, n'admet pas cette distinction.

Et Proudhon est le seul qui ait proposé de l'y introduire (*de l'Usufruit*, t. II, n° 734, 735).

Mais cette opinion isolée n'est, chez le savant auteur, que la conséquence d'une autre doctrine, que nous allons bientôt exposer (*infra*, n° 377).

376. — 3° Enfin, nous avons dit que l'accroissement n'avait pas lieu entre les légataires conjoints *re tantum*, si ce n'est seulement dans le cas où la chose léguée n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration (*supra*, n° 367).

Voici, par exemple, les deux legs, qui se trouvent dans le même acte :

« *Je lègue à Pierre ma pièce de terre de tel endroit.* »

« *Je lègue à Paul la même pièce de terre.* »

Ou encore : « *Je lègue à Pierre* 100 000 *fr.* »

« *Je lègue à Paul les mêmes* 100 000 *fr.* »

Comme la pièce de terre ou les 100 000 fr. sont susceptibles d'être divisés, il s'ensuit que, lors même que l'un des légataires ferait défaut, l'autre ne recueillera néanmoins toujours que la moitié de la pièce de terre, ou la moitié des 100 000 fr. (comp. Cass., 3 juin 1861, Bouché, Dev., 1861, I, 961).

Mais pourquoi donc? et quelle explication donner d'un tel résultat?

Toullier enseigne *qu'il est conforme à la raison* (t. III, n° 688) ; et plus récemment, M. Colmet de Santerre a entrepris aussi de le justifier (t. IV, n° 199 *bis*, II et III).

Mais nous croyons, avec tous les jurisconsultes, qui ont écrit depuis le Code Napoléon, que cette disposition de l'article 1045 est véritablement *injustifiable!*

D'où procède, en effet, le droit d'accroissement?

C'est, nous l'avons dit, de cette solidarité de vocation, qui fait que chacun des légataires est appelé à recueillir toute la chose.

Or, précisément, cette solidarité apparaît, à son plus haut degré de puissance ! dans la conjonction réelle ; car c'est alors surtout, en effet, à chacun des légataires, individuellement et séparément, que la chose tout entière a été léguée !

Qu'importe que cette chose soit ou ne soit pas susceptible d'être divisée sans détérioration? si cette circonstance avait dû être prise en considération, c'est entre les légataires conjoints *re et verbis*, qu'elle aurait été décisive, puisque le testateur, en appelant ces légataires, par une seule disposition, à la même chose, semblerait les avoir appelés à un partage ; eh bien ! non, le législateur n'en a pas tenu compte ; et l'accroissement a lieu entre les conjoints *re et verbis*, lors même que la chose léguée est susceptible d'être divisée sans détérioration !

Comment expliquer, dès lors, qu'il n'ait pas lieu entre es conjoints *re tantum?*

Notre honorable collègue, M. Colmet de Santerre, répond que les auteurs de notre Code ont apporté un changement radical dans cette matière; qu'ils ont fondé le droit d'accroissement sur la conjonction, d'où résulte, pour eux, la preuve d'une substitution vulgaire tacite établie par le testateur entre les légataires, qu'il a conjoints dans la même disposition; et qu'ils ont été conséquents avec eux-mêmes, en refusant le droit d'accroissement aux légataires conjoints *re tantum,* qui ne sont, en réalité, que des *disjoints*, et entre lesquels le testateur n'a pas établi cette communauté de titre, d'où résulte seulement la substitution vulgaire, qui est, aujourd'hui, le principe efficient de l'accroissement (*loc. supra cit.*).

Si ingénieuse que cette explication puisse paraître, nous ne l'en croyons pas moins inadmissible.

Est-ce donc qu'aucune relation n'existe entre les légataires conjoints *re?*

Bien au contraire! ils sont unis par la plus puissante des relations, par celle qui dérive de l'identité de la chose, de cette chose qui a été léguée, en effet, tout entière, et séparément, à chacun d'eux!

On objecte que, « *dans ce cas comme dans le cas de conjonction* re et verbis, *le testateur a compris que chaque légataire aurait une part dans la chose.* »

Sans doute! et voilà précisément pourquoi nous disons que, *dans ce cas comme dans le cas de conjonction re et verbis*, le testateur a établi une relation entre ses légataires, et que, à considérer même (ce que nous croyons inexact, comme nous entreprendrons bientôt de l'établir), que le droit d'accroissement ne soit plus, sous notre Code, qu'une substitution vulgaire tacite, on n'en aurait pas moins dû l'admettre dans le cas de conjonction *re*, aussi bien que dans le cas de conjonction *re et verbis*.

Nous comprendrions que l'on eût dit que, dans le cas

où la même chose serait léguée séparément, tout entière, à deux personnes, par le même acte, le second legs serait considéré comme révocatoire du premier ; et alors, bien entendu, la révocation aurait été totale, puisque le second legs dispose de toute la chose, comme le premier.

Mais non ; ce n'est pas cela que l'on a dit ; et l'article 1045 lui-même est la preuve du contraire.

Les deux legs coexistent donc !

Mais de quelle manière expliquer que, si l'un des légataires fait défaut, l'autre n'ait droit qu'à la moitié de la chose ?

On ne le peut qu'en disant qu'il y a une révocation partielle.

Mais, en vérité, comment comprendre une révocation seulement *partielle*, lorsque c'est la *totalité* de la même chose, qui fait, séparément, l'objet de chacun des legs !

Nous renonçons donc à fournir une explication logique de l'article 1045, dont Holtius nous paraît avoir eu raison de dire : *lex damnata !* (Thémis, t. X, p. 343.)

Cet article ne se trouvait pas d'abord dans le projet de la commission du gouvernement ; ce n'est que d'après les *Observations du tribunal de cassation*, qu'il y a été introduit. (Comp. Fenet, t. II, p. 293 et 709.)

Ce qui est vraisemblable, c'est que les rédacteurs auront subi l'influence des traditions erronées, que nous avons signalées plus haut, et notamment de cette fameuse loi 89, au Digeste, *de Legatis* 3°, où l'on voit, en effet, que le conjoint *re et verbis... cæteris præfertur*, et que le conjoint *re tantum... non est potior !* (*Supra*, nos 364, 365.)

Et, peut-être, auront-ils pensé, avec les anciens interprètes, que, après tout, deux conjonctions valent mieux qu'une ! et que la relation *double*, qui unit les conjoints *re et verbis*, devait être plus forte que la relation *simple*, qui unit les conjoints *re tantum !* (Comp. Duaren, *de Jure adcresc.*, lib. I, cap. x ; Vinnius, sur le § 8, *Inst. de legat.*)

Par jeu de mots, qui a obscurci pourtant la plus écla-

tante vérité des choses, et sous lequel la conjonction réelle, malgré sa toute-puissance, n'en a pas moins succombé !

Quoi qu'il en soit, et de quelque cause qu'elle provienne, l'illusion des auteurs du Droit nouveau a été complète; et c'est très-sérieusement qu'ils ont cru régler la conjonction réelle, *d'après les principes connus du Droit romain.*

Ainsi s'exprimait le tribunal de cassation. (Fenet, t. II, p. 709.)

Et M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, disait plus explicitement encore que :

« *Toute l'ancienne théorie du droit d'accroissement se trouve très-clairement résumée dans les articles* 1044 *et* 1045. » (Fenet, t. XII, p. 612.)

L'erreur est flagrante! s'écrie M. Bayle-Mouillard (sur Grenier, t. III, n° 350, note *a*).

Nous sommes entièrement de cet avis.

377. — La conjonction réelle a, disons-nous, succombé.

Telle avait été l'opinion unanime des jurisconsultes, jusqu'au jour où Proudhon, vivement frappé de l'inconséquence, qui en résulte dans la théorie de notre Code, a proposé, pour la faire disparaître, une interprétation nouvelle de l'article 1045.

D'après le célèbre auteur du *Traité des Droits d'usufruit*, les colégataires conjoints *re tantum*, ces anciens *disjuncti*, ont le *droit de non-décroissement ;* et ils l'ont, indépendamment de toute loi positive, par l'effet nécessaire de cette disjonction même, qui fait, à chacun d'eux individuellement, un titre complet à la totalité de la chose.

Aussi, les rédacteurs du Code n'avaient-ils pas à s'en occuper; et ils ne s'en sont pas, en effet, occupés dans l'article 1045.

Tout autre est l'objet de cet article, qui est relatif à la conjonction *verbis tantum*, et qui a seulement pour but

d'apporter, en ce qui la concerne, une modification à l'article 1044.

C'est-à-dire que, par exception à l'article 1044, qui refuse le droit d'accroissement aux légataires appelés par une seule et même disposition, dans le cas *où le testateur a assigné la part de chacun d'eux dans la chose léguée*, l'article 1045 leur accorde le droit d'accroissement même dans ce cas, lorsque la chose léguée n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration. (T. II, n°s 554 et suiv.; *voy.* aussi Zachariæ, § 726, texte et note 19.)

Cette interprétation n'a pas réussi ; et il était, en effet, impossible qu'elle fût admise.

C'est d'abord une supposition certes très-peu vraisemblable, que celle qui lui sert de base, à savoir : que le Code Napoléon n'aurait rien dit de la conjonction *re tantum*, qui était si connue dans les traditions antérieures, et qui est véritablement inséparable des deux autres conjonctions, dont il s'est occupé : *re et verbis... et verbis tantum*.

Mais à quoi bon relever cette invraisemblance, quand le sens évident des mots se révolte, pour ainsi dire, contre la violence, que cette interprétation veut leur faire !

Le mot : *séparément*, dans l'article 1045, voudrait dire, d'après Proudhon, *avec assignation de parts;* et il serait le synonyme de ces mots de l'article 1044 : *que le testateur a assigné les parts de chacun des colégataires dans la chose léguée*.

Ce n'est pas proposable !

Ce mot a toujours servi, au contraire, à distinguer les legs faits *disjunctim*, par deux phrases différentes, d'avec les legs faits *conjunctim*, par une seule et même phrase.

Disjunctim, disons-nous, ou *separatim;* les deux termes ont été, en effet, de tout temps synonymes.

Separatim, disait Paul, pour désigner les *disjuncti*, qui étaient pourtant les *conjuncti re tantum*. (L. 89, ff. *de Legat.* 3°.)

Séparément, disait Pothier, pour désigner aussi les

conjoints *re tantum* (*des Donat. testam.*, chap. VI, sect. V, § 2).

Et c'est certainement pour désigner les conjoints *re tantum*, que notre Code emploie ce mot traditionnel : *séparément*.

Il a fallu aussi, pour le besoin de son interprétation, que Proudhon soutînt que ces mots de l'article 1045 : *par le même acte*, sont synonymes de ces mots de l'article 1044 : *par une seule et même disposition*.

Comme si on avait jamais pu appeler du nom d'*acte*, une *disposition testamentaire*, une *phrase* d'un testament !

Par le même acte ! ce sont précisément les termes, dont se servait Ricard, pour désigner *le même testament*. (Part. III, n° 516.)

Ajoutons que, au fond, l'interprétation du savant doyen de la Faculté de Dijon aboutirait elle-même à des conséquences intolérables !

Comment ! voilà deux légataires, à chacun desquels le testateur a légué, *par moitié*, une chose, qui ne peut pas être divisée sans détérioration, son usine, par exemple, ou son cheval !

Et, parce que l'un ferait défaut, l'autre aurait droit à toute l'usine ou à tout le cheval !

Mais cela est impossible !

Cujas disait très-bien :

Jus adcrescendi non ideo introductum est ut plus legatarius habeat quam testator dare voluit, sed ne minus habeat. » (*Observat.*, lib. XII, cap. XII) ;

Or, l'assignation des parts, lorsqu'elle est dispositive, c'est-à-dire lorsqu'elle affecte la substance même de la disposition, fait qu'il y a, en réalité, deux legs de deux choses distinctes et différentes ;

Donc, il ne doit jamais arriver, que celui qui n'est légataire que de l'une des choses, ou, ce qui revient au même, de l'une des fractions de la chose, devienne léga-

taire de l'autre fraction; quelle que puisse être d'ailleurs la nature de la chose, fût-elle essentiellement indivisible! (*Supra*, n° 362.)

Concluons donc que c'est de la conjonction réelle, qu'il est question dans l'article 1045; et c'est bien là, en effet, ce qui résulte de sa formule : *Il sera encore réputé fait conjointement*, qui atteste que les rédacteurs y prévoient un cas nouveau et différent de celui qu'ils ont prévu dans l'article 1044. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Accroissement*, n° 2; Delvincourt, t. II, p. 93, note 2; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 688, note *a;* Duranton, t. IX, n° 510; Poujol, art. 1045, n° 9; Coin-Delisle, art. 1045, n° 11; Du Caurroy, *Thémis*, t. VI, p. 317; D'Hautuille, p. 167-170; Troplong, t. IV, n° 2171; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 205, 206.)

578. — Et maintenant, dans quels cas la chose léguée sera-t-elle ou ne sera-t-elle pas susceptible d'être divisée sans détérioration?

Ce n'est plus là qu'une question de fait, que le législateur ne pouvait pas résoudre, et qu'il a dû abandonner à l'appréciation des magistrats. (Comp. art. 866 et 1686.)

Remarquons seulement, avec Coin-Delisle (art. 1045, n° 12), qu'il serait trop dur d'entendre ces mots : *susceptibles de détérioration*, dans le sens d'une détérioration, qui devrait aller jusqu'à la destruction de la chose.

Le tribunal de cassation avait proposé d'exiger que la chose fût *naturellement non susceptible de division*. (*Supra*, n° 376; Fenet, t. II, p. 709.)

La formule, moins rigoureuse, que les rédacteurs de l'article 1045 ont substituée à celle-là, annonce qu'ils ont voulu que l'application en fût faite d'une manière plus favorable aux légataires; et on doit d'autant mieux entrer dans cette voie, que l'on se rapprochera ainsi des vrais principes, en même temps que l'on donnera satis-

faction à la volonté du testateur. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 93, note 11 ; Toullier, t. III, n° 688; Vazeille, art. 1045, n° 2.)

379. — C'est, d'ailleurs, *par le même acte*, c'est-à-dire par le même testament (*supra*, n° 377), que les deux legs de la même chose doivent avoir été faits, pour que l'accroissement résulte de la conjonction réelle, dans le cas prévu par l'article 1045.

Qu'il ne puisse pas résulter de deux testaments émanés de deux testateurs différents, cela est d'évidence ! et nous pouvons dire, avec Ulpien : *ex diversis testamentis jus conjunctionis non contingit !* (L. 16, ff. *Quib. modis ususfruct.*)

A supposer même que les deux legs se trouvent portés dans deux testaments émanés du même testateur, il faudrait encore décider que nos articles 1044, 1045 ne seront pas applicables ; et, loin de présumer, chez le testateur, la volonté de créer le droit d'accroissement, on devrait, en général, présumer la volonté de révoquer l'un des legs par l'autre. (Comp. *supra*, n° 173 ; Ricard, Part. III, n° 516.)

Mais, d'ailleurs, lorsque les deux legs se trouvent dans le même testament, la loi ne distingue pas s'ils sont immédiatement l'un à la suite de l'autre, ou s'ils sont, au contraire, séparés, plus ou moins, par des dispositions intermédiaires, au commencement, au milieu, ou à la fin de l'acte ; sauf la question, qui pourrait s'élever, dans ce dernier cas, de savoir si le testateur n'a pas révoqué le premier legs par le second ; ce qui ne devrait être que difficilement admis. (Comp. Du Caurroy, *Thémis*, t. VI, p. 320 ; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 391.)

380. — Il n'est pas douteux que les articles 1044 et 1045 sont applicables aux legs d'usufruit comme aux legs de propriété ; ils ne font, en effet, aucune distinction entre les uns et les autres. (Comp. le tome IV, n° 722 ; et le titre du Digeste *de Usufruct. adcrescendo.*)

Seulement, nous aurons à voir s'il y a lieu d'admettre encore, sous notre Droit, dans l'accroissement des legs d'usufruit, certaines particularités, que le Droit romain et notre ancien Droit y avaient admises. (*Infra*, n° 388.)

381. — Ce qui est, au contraire, fort controversé, c'est de savoir si les articles 1044 et 1045 ne sont applicables qu'aux legs à titre particulier ; ou s'ils doivent être appliqués aussi aux legs universels et aux legs à titre universel.

Ce n'est pas, bien entendu, que personne se soit avisé de prétendre que l'accroissement n'a pas lieu dans les legs universels, ou à titre universel !

Mais la question est de savoir si l'accroissement s'y opère, en vertu des articles 1044 et 1045, ou, au contraire, en vertu des articles 1003 et 1010.

Qu'importe, dira-t-on, si, finalement il s'y opère !

La vérité est qu'il importe peu, dans le cas de l'article 1044 ; mais il importe beaucoup dans le cas de l'article 1045 ; et on va voir bientôt l'intérêt de cette distinction.

Nous disons, en premier lieu, que, dans le cas prévu par l'article 1044, il est, en général, indifférent de rechercher si c'est par cet article ou par les articles 1003 et 1010, que l'accroissement est réglé dans les legs universels et à titre universel.

Soit, d'abord, un legs fait conjointement, *re et verbis :*

« *Je lègue à Pierre et à Paul l'universalité des biens que je laisserai à mon décès.* »

Si l'un des légataires fait défaut, l'autre recueillera seul l'universalité tout entière.

Tous le reconnaissent : ceux-ci, en appliquant l'article 1044 ; ceux-là, en appliquant l'article 1003 ; mais en arrivant finalement, les uns et les autres, à la même conclusion.

Supposons maintenant un legs fait conjointement, *verbis tantum :*

« *Je lègue à Pierre et à Paul, à chacun par moitié, l'universalité des biens, que je laisserai à mon décès.* »

Si l'un des légataires fait défaut, l'autre ne recueillera néanmoins que la moitié.

Tous encore le reconnaissent : les uns, en invoquant toujours l'article 1044 ; les autres, en invoquant l'article 1010 ; mais en s'accordant encore, les uns et les autres, dans la même conclusion.

Et voilà ce qui explique la confusion, qui s'est faite souvent dans cette controverse, et comment beaucoup d'auteurs et d'arrêts ont basé sur l'article 1044, des solutions, en matière d'accroissement, relatives à des legs universels ou à titre universel ; c'est que, en effet, les mêmes questions s'élèvent, sur les articles 1003 et 1010, que sur l'article 1044 ; et notamment, la question de savoir si l'assignation des parts est toujours exclusive de l'accroissement, ou s'il ne faut pas distinguer entre le cas où elle porte sur l'institution des légataires, et celui où elle ne porte que sur l'exécution du legs et le mode de partage (*supra*, nos 371 et suiv.); question, qui se présente tout à fait la même, sur les articles 1004 et 1010, quand il s'agit de savoir si le legs, fait à plusieurs de l'universalité, constitue un legs universel, ou seulement un legs à titre universel. (Comp. Cass., 1er juill. 1841, de Vaublanc, Dev., 1841, I, 851 ; Bordeaux, 27 févr. 1844, Reignac, Dev., 1844, II, 331 ; Aix, 17 mars 1858, Nicolas, Dev., 1859, II, 223 ; Cass., 19 févr. 1861, Dornier, Dev., 1861, I, 421 ; Cass., 12 févr. 1862, Ogier, Dev., 1862, I, 385.)

382. — Mais voici où commence le sérieux intérêt de ce débat :

C'est lorsqu'il s'agit de plusieurs légataires de l'universalité conjoints *re tantum*, c'est-à-dire du cas prévu par l'article 1045.

« *Je lègue à Pierre l'universalité des biens, que je laisserai à mon décès.* »

« *Je lègue à Paul la même universalité des biens, que je laisserai à mon décès.* »

Si l'un des deux légataires fait défaut, l'autre aura-t-il droit à l'universalité tout entière?

Non! répondent ceux qui croient que les articles 1044 et 1045 sont applicables aux legs universels ou à titre universel; le légataire n'aura droit qu'à la moitié, par application de l'article 1045.

Oui! répondent, au contraire, ceux qui croient que ces articles ne sont applicables qu'aux legs à titre particulier; il aura droit à l'universalité tout entière, par application de l'article 1003.

De quel côté est la vérité?

Pour soutenir que le legs universel doit être régi par l'article 1045, on raisonne ainsi:

1° Les articles 1044 et 1045 sont généraux; ils ne comportent aucune distinction entre les legs particuliers et les legs universels; et on doit d'autant plus leur conserver cette généralité d'application, qu'ils sont placés, dans le Code, après les articles, qui ont établi la classification des différentes espèces de legs.

2° Il est vrai que les jurisconsultes romains, et Pothier, dans notre ancien Droit, lorsqu'ils traitent du droit d'accroissement, en matière de legs, ont toujours en vue les legs particuliers.

Mais, d'abord, en Droit romain, il s'agissait, non pas de notre legs universel, mais de l'institution d'héritier; et, si l'accroissement s'y opérait toujours, c'était en vertu du principe, que l'on ne pouvait pas mourir *partim testatus, partim intestatus*, principe étranger à nos lois, et qui serait en contradiction avec l'article 1002.

Voilà comment Pothier, dans ses explications sur le droit d'accroissement, prend toujours pour exemples des legs particuliers; c'est qu'il suivait les textes du Digeste, qui n'appliquent qu'aux legs les règles spéciales du droit

de l'accroissement; mais d'ailleurs ses explications ne sont pas exclusives des legs universels.

3° Et elles ne pouvaient pas l'être! le testateur, en effet, est libre de disposer de l'universalité de ses biens de deux manières différentes : soit par forme de legs universel, soit par forme de legs à titre universel; lors donc qu'il a légué cette universalité à plusieurs personnes, sans dire quelle espèce de legs il entendait leur faire, sa volonté est susceptible d'une double interprétation; or, c'est à fournir cette interprétation, que le législateur s'est appliqué dans les articles 1044 et 1045.

On invoque la puissance de compréhension du legs universel, qui, dit-on, embrasse, par sa seule force, tous les biens du testateur!

Mais ce n'est là qu'une pétition de principe; car, ce qui est en question, c'est précisément de savoir si ce legs est universel! (Comp. Turin, 24 août 1808, Dubois, Sirey, 1809, II, 374; Bruxelles, 8 juin 1815, Debeusch, D., *Rec. alph. h. v.*, n° 4441; Agen, 27 nov. 1850, Nebout, D., 1851, II, 19; Grenier, t. III, n° 352; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Alban d'Hautuille, p. 194; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 206; Sebire et Carteret, *Encyclop. du Droit*, v° *Accroissement*, n° 30; Colmet de Santerre, t. IV, 199, *bis*, VII.)

383. — Si sérieuse que cette argumentation puisse paraître, nous ne pensons pas qu'elle soit fondée; et notre avis est, au contraire, que les articles 1044 et 1045 ne sont applicables qu'aux legs à titre particulier :

1° Tel nous paraît être, en effet, le sens que présente, d'abord, le texte même : « ...... *lorsque le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des colégataires* DANS LA CHOSE LÉGUÉE (art. 1044)...; *quand* UNE CHOSE, QUI N'EST PAS SUSCEPTIBLE D'ÊTRE DIVISÉE *sans détérioration* (art. 1045). »

Or, ces mots se rapportent certainement à l'hypothèse d'une chose singulière, léguée déterminément (art. 1018; le tome IV, n° 701); et il est tout simple que les rédac-

teurs du Code se soient placés dans cette hypothèse, qui était celle des anciens jurisconsultes, et surtout de Pothier, qu'ils avaient sous les yeux.

2° Nous ajoutons qu'en bornant aux legs à titre particulier, les règles de l'accroissement qu'ils ont posées dans les articles 1044 et 1045, les rédacteurs de notre Code ont consacré les vrais principes.

L'accroissement, en effet, dans les legs d'universalité, résulte, non pas précisément de la conjonction, mais de ce caractère même d'universalité, qui comprend et absorbe tout! et le législateur, après avoir posé, dans les articles 1003 et 1010, les caractères du legs universel et du legs à titre universel, n'avait plus, à cet égard, rien à dire.

Ou le legs est universel; ou il ne l'est pas!

S'il est universel, c'est en vertu de l'article 1003, et par sa propre nature, qu'il embrasse l'universalité des biens.

Pétition de principe! dit-on; car il s'agit, avant tout, de savoir si le legs est universel.

Eh! sans doute; il faut d'abord savoir si le legs est universel ou à titre universel; mais pour cela, où est notre règle? elle est dans les articles 1003 et 1010; elle est, disons-nous, là tout entière et point ailleurs!

C'est aussi en vertu de cette puissance de compréhension du titre universel, que s'opère l'accroissement dans les hérédités légitimes (comp. *Inst.*, § 4, *de Senatusc. Orphit.*; art. 786 Code Napol.); ce qui prouve que la doctrine que nous défendons, a un tout autre appui que la maxime romaine : *nemo partim testatus decedere potest.* (Comp. *infra*, n° 393.)

Notre conclusion est donc que les articles 1044 et 1045 ne sont pas applicables aux legs universels; et spécialement, que dans le cas où le testateur aurait légué l'universalité de ses biens à deux personnes *séparément*, c'est-à-dire par deux dispositions séparées, l'article 1045 ne

ferait pas obstacle à ce que, si l'un des légataires était défaillant, l'autre recueillît, en vertu de l'article 1003, l'universalité tout entière. Nous ne voulons pas nier d'ailleurs non plus combien nous sommes satisfait de pouvoir restreindre l'application de l'article 1045! (Comp. *supra*, n° 376; Cass., 12 février 1862, Ogier, Dev., 1862, I, 385; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 11, n° 10 *bis;* Du-Caurroy, *Thémis*, t. VI, p. 331; Holtius, *Thémis*, t. X, p. 348; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. III, p. 305; Mourlon, qui cite, en ce sens, M. Valette, *Répét. écrit.*, t. II, p. 893, 894; Troplong, t. IV, nos 1773 et 2188.)

384. — MM. Aubry et Rau, qui combattent la doctrine, que nous venons de proposer, ajoutent, toutefois, que :

« Si le testateur, en léguant à plusieurs personnes l'u-
« niversalité de ses biens, leur avait formellement attri-
« bué la qualité d'héritiers ou de légataires universels,
« on serait forcé d'admettre, entre elles, le droit d'ac-
« croissement, alors même qu'elles auraient été insti-
« tuées avec assignation de parts ou par des dispositions
« séparées. » (T. VI, p. 206, 207.)

Nous adhérons tout à fait, lorsqu'il s'agit d'une institution faite *par des dispositions séparées*, puisqu'il n'est pas même, suivant nous, nécessaire que le testateur leur ait attribué la qualité d'héritiers ou de légataires universels. (*Supra*, n° 383.)

Mais la doctrine de nos savants collègues nous paraîtrait formulée en termes trop absolus, lorsque l'universalité a été léguée à plusieurs *avec assignation de parts;* et nous ne voudrions pas dire que le seul fait que le testateur leur aurait attribué la qualité d'héritiers ou de légataires universels, suffirait pour détruire l'effet de cette assignation !

Cette distinction entre le legs universel, et le legs à titre universel, est toute moderne (*voy.* le tome IV, n° 575); il faut ajouter qu'elle est toute scientifique; et que beau-

coup de testateurs, inexpérimentés, n'y font, dans le langage usuel, aucune différence !

C'est donc d'après le caractère vrai de la disposition elle-même, qu'il faut l'apprécier; et, tout en reconnaissant que la qualification de légataire universel, employée par le testateur, devra être prise en sérieuse considération, nous ne concédons pas qu'elle soit décisive, et *que l'on se trouve forcé d'admettre* alors l'accroissement, si, malgré cette qualification, l'assignation des parts porte sur l'institution elle-même, de manière à faire, en réalité, plusieurs legs à titre universel.

385. — Telles sont les règles, d'après lesquelles il faut décider dans quels cas l'accroissement a lieu et dans quels cas il n'a pas lieu.

Mais il est nécessaire de les compléter par une observation importante, à savoir : que les articles 1044 et 1045 n'ont rien d'impératif; qu'ils ne sont fondés que sur la volonté présumée du testateur; et que, par conséquent, sa volonté, quand il est reconnu qu'elle est contraire, doit l'emporter sur la présomption de la loi. « *C'est de quoi*, disait Furgole, *tous les auteurs demeurent d'accord.* » (Chap. IX, n° 114.)

D'où résulte cette double conséquence :

D'une part, le legs, qui, d'après les articles 1044 et 1045, devrait produire le droit d'accroissement, ne le produira pas, si le testateur l'a défendu (comp. Agen, 27 novembre 1850, Riberol, Dev., 1850, II, 664);

D'autre part, le legs qui, d'après les articles 1044 et 1045, ne devrait pas produire le droit d'accroissement, le produira, si le testateur l'a ordonné (comp. Cass., 18 mai 1825, Wolfius, Sirey, 1826, I, 10; Nevers, 22 juillet 1846, Micheler, Dev., 1847, II, 103; Cass., 27 janv. 1868, Rey, Dev., 1868, I. 54; Troplong, t. IV, n° 2191; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 207).

386. — La volonté du testateur de prohiber le droit d'accroissement résulterait-elle suffisamment de ce que,

en faisant à deux personnes le legs d'une pension, ou d'une rente d'une quotité déterminée, ou de l'usufruit d'un certain bien, il aurait ajouté qu'il leur faisait ce legs *pour aliments*.

Le testateur a dit :

« *Je lègue à Pierre et à Paul l'usufruit de ma ferme de tel endroit, pour aliments.* »

Au jour de son décès, Pierre est défaillant.

Paul a-t-il droit à l'usufruit de toute la ferme?

Les anciens auteurs décidaient la négative, et qu'il ne pouvait réclamer que l'usufruit de la moitié (comp. Voët, ff. *de Usufruct. adcrescendo;* Mantica, *de Conject. ultim. volunt.*, lib. X, tit. VII, n° 29; Ricard, Part. III, n° 555 ; Pothier, *des Donat. testam*, chap. VI, sect. V, § 4 ; et *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 149).

C'est ce qu'enseignent aussi généralement les auteurs modernes (comp. Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n° 578; Sebire et Carteret, *Encyclop. du droit*, v° *Accroiss.*, n° 34; Troplong, t. IV, n° 2189).

Mais pourquoi donc?

Ce legs est fait *par une seule et même disposition, sans que le testateur ait assigné la part des légataires dans la chose léguée;* et c'est, dès lors, en vertu du texte même de l'article 1044, qu'il doit produire le droit d'accroissement!

On répond, en invoquant, plus ou moins exactement, un texte de Papinien (L. 57, § I, ff. *de Usufr.*), que la nature de la disposition s'y oppose, et qu'un legs d'aliments est nécessairement limité aux besoins de celui auquel il est fait : « *neque enim quisquam potest habere duos stomachos!* dit, à ce propos, Mantica (*loc. supra cit.*).

Mais cette raison ne nous paraît nullement décisive.

Le testateur, en effet, ne s'est pas borné à léguer à Pierre et à Paul une pension alimentaire, sans en déterminer la quotité. Il a fait plus et autrement! il leur a légué l'usufruit d'un certain immeuble. Or, nous croyons

qu'en cas pareil, aucune réduction ne peut être faite ni sur les deux légataires, s'ils se présentent en même temps, ni sur un seul, si l'un d'eux fait défaut.

Supposez que Pierre et Paul se présentent, tous les deux, pour recueillir le legs. Est-ce que l'on pourrait prétendre que le revenu, s'il est de 4000 francs par exemple, dépasse leurs besoins, et qu'ils n'en recevront que 3000 ?

Évidemment non !

Or, à défaut de Pierre, Paul est seul légataire de l'usufruit de toute la ferme ; comme ils en auraient été tous les deux légataires, si tous les deux eussent recueilli.

C'est que, en effet, rien n'est plus relatif, ni d'une appréciation plus arbitraire, que les besoins de chacun, et les ressources, qui peuvent être nécessaires ou convenables pour y satisfaire ; or, c'est cette appréciation, qui a été faite souverainement par le testateur, lorsque, en même temps qu'il exprimait la destination de son legs, et qu'il le faisait pour aliments, il déterminait le *quantum* des revenus, qui devraient y être affectés.

387. — Il est bien entendu que l'accroissement ne peut s'opérer au profit d'un colégataire, qu'autant que son colégataire n'a pas recueilli. (*Supra*, n° 352.)

Les articles 1044, 1045 se lient aux articles 1039-1043 ; et ils ne font que consacrer une conséquence de la caducité des legs.

Si donc il n'y a pas eu caducité, et si chacun des colégataires a recueilli sa part, tout est consommé ! cette part, qui lui est acquise, il la transmettra lui-même, après sa mort, comme ses autres biens, à ses successeurs, quels qu'ils soient.

388. — Ce principe est d'évidence !

Et, toutefois, c'est une question controversée, et qui nous paraît, en effet, délicate, de savoir s'il est applicable aux legs d'usufruit, comme aux legs de propriété.

En d'autres termes, dans les legs d'usufruit faits conjointement, l'accroissement s'opère-t-il au profit des légataires survivants, même après que leurs colégataires ont recueilli ?

Un testateur a légué *à Pierre et à Paul l'usufruit de sa ferme*.

Pierre et Paul, survivants tous les deux, et capables, ont recueilli le legs ; et, par conséquent, le partage de l'usufruit de la ferme, par moitié, s'est fait entre eux.

Pierre meurt ensuite.

Paul a-t-il droit, par voie d'accroissement, à l'usufruit de la totalité ?

Ou, au contraire, l'usufruit de la moitié s'éteint-il, par consolidation, au profit de l'héritier nu-propriétaire?

Les jurisconsultes romains décidaient en faveur du colégataire, et que l'usufruit de toute la chose devait désormais lui appartenir (comp. L. 1, § 3, ff. *de Usufr. adcresc.*).

Nos anciens jurisconsultes français l'enseignaient généralement de même (comp. Furgole, chap. IX, n° 4 ; Ricard, Part. III, n° 523 ; Denisart, v° *Accroissement*, n°s 13 et suiv. ; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, art. 11, sect. III, § 3 ; *voy.* toutefois aussi *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 148).

Et cette doctrine a encore trouvé, sous notre Code, des partisans très-convaincus.

Voici leur argumentation :

1° Le principe, qui domine toute cette matière, c'est que la disposition testamentaire doit être exécutée, suivant la volonté du testateur, à moins d'un obstacle de droit ou de fait ;

Or, la volonté du testateur a été certainement d'attribuer à chacun des légataires, pendant sa vie entière, l'usufruit de toute la chose, à l'exclusion de l'héritier :

Donc, cet usufruit doit, en effet, appartenir à l'un d'eux, dès l'instant où l'autre, à quelque époque que ce soit, venant à disparaître, n'y apporte plus l'obstacle de son droit égal et de son concours : « *cum primum non inveniet alterum, qui sibi concurrat.* » (L. 3, § 1, ff. *supra.*)

2° L'article 1044, en effet, est illimité dans ses termes; et il ne borne pas le droit d'accroissement au cas où l'un des légataires ne recueille pas.

Il est vrai qu'il doit être restreint, en ce qui concerne les legs attributifs de propriété, au cas où cette propriété ne s'est pas fixée sur la tête de chacun des colégataires; mais le motif, qui fait restreindre à ce cas, le droit d'accroissement, pour les legs de propriété, n'est pas applicable aux legs d'usufruit.

Si, en effet, le colégataire de la propriété ne peut pas réclamer le droit d'accroissement, après la mort de son colégataire, qui avait lui-même recueilli sa part dans le legs, c'est : 1° parce que cette part, qui lui était acquise irrévocablement, est transmise par lui à ses successeurs, et que, par conséquent, l'obstacle au droit d'accroissement, qui est résulté de son concours, à l'époque de l'ouverture du legs, a ce double caractère qu'il est *de droit* et qu'il est *perpétuel;* 2° parce qu'on ne pourrait alors faire revenir au colégataire survivant, cette part du légataire mourant après avoir recueilli, qu'en créant une substitution prohibée (art. 896).

Très-différent est le legs d'usufruit, parce que, l'obstacle au droit d'accroissement, qui est résulté du concours du colégataire, à l'époque de l'ouverture du legs, a ce double caractère, en sens inverse, qu'il est seulement *de fait*, et qu'il est *temporaire.* Il est de fait; car, l'usufruit ne consiste qu'en jouissance; son utilité ne s'acquiert que successivement; c'est en ce sens que le jurisconsulte romain disait : *ususfructus quotidie constituitur et legatur* (*supra*); et l'obstacle n'est que temporaire, car, le colégataire qui a recueilli sa part d'usufruit, ne la

transmet pas à ses successeurs; de sorte que son décès, à quelque époque que ce soit, met en présence le colégataire survivant, auquel l'usufruit de toute la chose a été légué, et l'héritier, à l'exclusion duquel il lui a été légué. Pourquoi donc alors ce légataire n'aurait-il pas l'usufruit de toute la chose, puisqu'aucun empêchement ne s'y oppose désormais? (Comp. Aix, 11 juillet 1838, de Vaublanc, Dev., 1839, II, 46; Tribunal civil de Pontoise, 31 déc. 1873, enregistrement, Dev., 1874, II, 257; Alban d'Hautuille, p. 197 et suiv.; Coin-Delisle, art. 1044, 1045, n° 10; Duport-Lavillette, *Quest. de droit*, v° *Accroissement*, t. I, p. 19; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II. n° 353, note *a;* Marcadé, art. 1044, n° 5; Troplong, t. IV, n° 2184; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 303; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1700; Mourlon, qui cite, en ce sens, M. Valette, *Répét. écrit.*, t. II, p. 394.)

389. — Notre avis est pourtant que cette doctrine n'est pas juridique :

1° Nous contestons d'abord la base, sur laquelle on prétend la fonder, à savoir : que l'article 1044 ne limite pas l'accroissement au cas où le droit de l'un des colégataires est devenu caduc! Outre qu'une telle proposition est contraire aux principes en matière d'accroissement, elle viole le texte même de cet article, qui se rattache, par une étroite relation, aux articles, qui le précèdent, et dans lesquels précisément les rédacteurs de notre Code ont pris soin d'énumérer les causes de caducité. (*Supra*, n° 387.)

Et comme, d'autre part, il est certain que tous ces articles (1039 à 1045) sont communs aux legs d'usufruit et aux legs de propriété, il en résulte que le droit d'accroissement s'évanouit, dans les uns comme dans les autres, lorsqu'il n'y a pas caducité, c'est-à-dire lorsqu'une fois chacun des colégataires a recueilli sa part; en d'autres termes, qu'il n'y a lieu à l'application des articles 1044 et 1045, qu'autant qu'il y a lieu préalablement à l'application des articles 1039 et 1043.

2° C'est en vain que, pour échapper à cet argument, on veut établir une distinction théorique entre les legs de propriété et les legs d'usufruit.

Comment ! l'*usufruit ne consiste qu'en jouissance; et son utilité ne s'acquiert que successivement !* (Coin-Delisle, *loc. supra cit.*)

Mais c'est transporter dans notre Droit une maxime toute romaine : *ususfructus quotidie constituitur et legatur !* Chez nous, l'usufruit est *le droit de jouir* de la chose (art. 578) ; et il s'acquiert, comme le droit de propriété, au moment de l'ouverture du legs.

D'où il suit que, du moment où le legs s'est ouvert au profit de chacun des colégataires, il y a eu désormais autant de droits d'usufruits distincts, qu'il y a eu de légataires acceptants !

On se récrie que, pourtant, le testateur a légué, à chacun d'eux, l'usufruit de la chose entière !

Oui, sans doute ! comme il a légué la propriété de la chose entière à chacun d'eux, lorsque le legs est de la propriété.

Ce qui n'empêche pas que, du jour où chacun d'eux a recueilli, il s'est fait autant de legs distincts de propriété, qu'il y a eu de légataires !

Tel nous paraît devoir être aussi, en règle générale, le sort des legs d'usufruit faits conjointement.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le testateur eût, expressément ou tacitement, manifesté, par les termes de la disposition, une volonté contraire ; ce qu'il peut faire d'ailleurs, sans qu'il y ait là même l'apparence d'une substitution !

Si la doctrine, que nous venons de combattre, était fondée, il faudrait l'appliquer en matière de substitution vulgaire, comme en matière de droit d'accroissement ; car, les mêmes motifs pourraient être invoqués ; d'autant plus que le droit d'accroissement a bien aussi, à quelques égards, le caractère d'une substitution vulgaire tacite.

Si donc le testateur, après avoir légué l'usufruit de sa maison à Primus, avait déclaré qu'à défaut de Primus, il léguait cet usufruit à Secundus, il s'ensuivrait que Secundus aurait droit à l'usufruit de la maison, après la mort de Primus, lors même que celui-ci mourrait, après avoir recueilli, et longtemps peut-être après le testateur !

Mais un tel résultat nous paraîtrait blesser le principe très-certain, d'après lequel la vocation du légataire substitué vulgairement, s'évanouit, dès qu'une fois le légataire, appelé en premier ordre, a recueilli. (Comp. le tome I, n°s 82 et 122.)

Or, si ce résultat est inadmissible, dans le cas de la substitution vulgaire, il doit l'être aussi dans le cas du droit d'accroissement (comp. notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété; de l'Usufruit*, t. II, n° 675; Cass., 1er juill. 1841, de Vaublanc, Dev., 1841, I, 851 ; Merlin, *Répert.* v° *Usufruit*, § 5, art. 1, n° 5; Delvincourt, t. II, p. 93, note 8 ; Toullier, t. III, n° 699 ; Grenier, t. III, n° 353 ; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n° 675; Vazeille. art. 1044, n° 11 ; Favard, *Répert.*, v° *Testament*, sect. III, § 3, n° 5 ; Sebire et Carteret, *Encyclop. du droit*, v° *Accroissement*, n° 32 ; Bugnét, sur Pothier, t. VIII, p. 325 *note;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 210; Colmet de Santerre, t. IV, n° 190 *bis* VIII).

390. — C'est une maxime dès longtemps reçue, que l'accroissement se fait *à la portion*, et non point *à la personne :*

« *Quoniam*, disait Papinien, *portio.... veluti alluvio, portioni adcrescit.* » (L. 33, ff. *de Usufructu.*)

Il s'ensuit que le droit d'accroissement fait partie du legs, et qu'il est transmissible aux héritiers, ou autres successeurs universels, de celui des colégataires, qui a recueilli sa part, lors même qu'il décéderait avant que son colégataire eût répudié la sienne, ou même avant l'événement de la condition, sous laquelle le legs de cette part lui avait été fait.

C'est précisément la différence, qui distingue le droit d'accroissement d'avec la substitution vulgaire; laquelle s'opère, au contraire, de *la personne à la personne*, parce qu'elle constitue, en effet, elle-même, une disposition conditionnelle, à laquelle le substitué ne peut avoir droit qu'autant qu'il survit à la répudiation du legs par le légataire en premier ordre, c'est-à-dire à l'événement de la condition qui seule peut y donner ouverture. (Comp. L. 23 ff. *de vulgari et pupill. substit.*; L. 9, ff. *de suis et legitim. hæred.*; L. 26 ff. *de Condit. et demonst.*; Pothier, *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 147.)

Cette différence, toutefois, a été contestée par M. Colmet de Santerre, qui enseigne qu'il en est, sous notre Code, de l'accroissement comme de la substitution vulgaire, et qu'il faut, pour y avoir droit, que le colégataire conjoint survive et soit capable, au moment où la part de son colégataire devient vacante par son refus ou par la défaillance de la condition, sous laquelle le legs lui avait été fait (art. 1040). Le motif de notre savant collègue est que le droit d'accroissement a été profondément modifié, et qu'il ne repose plus aujourd'hui que sur la présomption d'une substitution vulgaire tacite et réciproque entre les colégataires (t. IV, n° 199 *bis*, IX).

S'il en était ainsi, ce ne serait pas assez de dire que le Code Napoléon a profondément modifié le mode d'accroissement; il faudrait dire qu'il l'a supprimé!

Or, comment avancer une telle proposition, quand on voit que le Code, au contraire, s'occupe séparément de la substitution vulgaire, dans l'article 898, et du droit d'accroissement, dans les articles 1044 et 1045! et qui pourrait croire que, en conservant le mot, il ait voulu détruire la chose, c'est-à-dire l'espèce particulière de disposition, que ce mot technique a, de tout temps, représentée, dans la science du Droit! (Comp. Machelard, *Dissertation sur l'Accroissement*, etc., p. 329.)

591. — Nous disons que l'accroissement s'opère au

profit des héritiers ou successeurs universels du légataire, comme au profit du légataire lui-même.

Mais s'opère-t-il aussi au profit de ses successeurs particuliers?

C'est la question de savoir si la vente ou cession faite par l'un des colégataires de sa portion dans le legs, comprend le profit éventuel de l'accroissement.

Question, que les anciens auteurs agitaient sur ce sujet, auquel pourtant, à vrai dire, elle n'appartient pas; car il s'agit uniquement de savoir quelle a été l'intention des parties contractantes; question donc de pure interprétation, qu'il faut résoudre, eu égard aux termes de l'acte, à l'importance du prix de la cession comparée à la valeur du legs, et que, pour notre part, nous croyons que l'on doit être porté à résoudre négativement en principe, autant que la question peut être ainsi résolue. (Comp. Furgole, chap. IX, p. 947; Ricard, Part. III, n° 513; Alban d'Hautuille, p. 83 et suiv.; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 354, note *a;* Troplong, t. IV, n° 2180; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 210.)

392. — Le droit d'accroissement ne pouvant avoir lieu au profit d'un colégataire, qu'autant que la part de son colégataire est vacante, il en résulte que la substitution vulgaire y fait obstacle, par le motif, précisément, *qu'elle empêche*, dit Furgole, *que la portion soit vacante* (chap. IX, n° 114); car le légataire *substitué* prend immédiatement la place et la part du légataire premier institué, qui fait défaut. (Comp. Paris, 20 mars 1836, Rouyer, D., 1836, II, 82.)

393. — Ce n'est pas, d'ailleurs, que la substitution vulgaire et le droit d'accroissement ne puissent pas se combiner ensemble.

Tout au contraire! et il arrive même souvent qu'ils se trouvent réunis.

C'est ainsi que le droit d'accroissement n'en aurait pas moins lieu, d'après les règles, que nous venons d'expo-

ser, lors même que le testateur aurait donné des substitués à l'un ou à plusieurs des légataires conjoints.

Un testateur a dit, par exemple :

« *Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul; et si l'un d'eux vient à décéder avant moi, je la lègue à ses enfants, ou je lui substitue ses enfants.* »

Il est vrai que la défaillance de l'un des légataires, de Pierre ou de Paul, ne donnera pas lieu au droit d'accroissement, si l'autre a des enfants; il faudra dire alors, avec Ricard, que *le substitué marche avant le conjoint* (Part. III, nº 431); c'est la règle que nous venons de poser (*supra*, nº 392).

Mais supposez que la substitution elle-même soit caduque, et que l'un des légataires meure sans enfants avant le testateur, l'autre légataire, ou ses enfants, auront, comme conjoints, en vertu de l'accroissement, droit à la totalité de la ferme (comp. Merlin, *Répert.*, vº *Accroissement*, nº 2; Duranton, t. IX, nº 511; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 205).

394. — De même que l'on peut rencontrer ensemble la substitution vulgaire et le droit d'accroissement, de même on peut rencontrer face à face, pour ainsi dire, les deux sortes de conjonctions au profit de plusieurs légataires ou de plusieurs groupes de légataires.

Ce qu'il faut toujours rechercher, dans les combinaisons diverses, que ce mélange des conjonctions peut produire, c'est l'intention du testateur; cette intention, disons-nous, interprétée, d'après les règles spéciales, qui gouvernent chacune des conjonctions, qu'il a réunies.

Il est vrai qu'en général, lorsqu'il y a lieu à accroissement, la part du légataire, qui fait défaut, se partage entre les autres légataires également, ou, plus exactement, en proportion de la part que chacun d'eux est appelé à recueillir dans le surplus du legs.

Mais cette règle, fondée sur l'intention présumée du testateur, doit fléchir, lorsqu'il résulte des termes du

testament que le testateur a voulu diviser ses légataires par groupes et créer ainsi, entre qnelques-uns d'entre eux, des substitutions vulgaires, exclusives de l'accroissement au profit des autres.

Supposez, par exemple, que le testateur ait appelé deux catégories de légataires, sous une dénomination collective.

« *Je lègue ma ferme aux enfants de mon frère et à ceux* « *de ma sœur.* »

Ce qui apparaît alors, c'est que, en divisant ses légataires par souches, il a voulu que les enfants de son frère profitassent seuls de la défaillance de l'un d'entre eux, et qu'il n'y eût lieu au droit d'accroissement pour les enfants de sa sœur, qu'autant que tous les enfants de son frère seraient défaillants ; *et vice versa.*

Ou bien, le testateur dénommant individuellement ses légataires, a dit :

« *Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul, ainsi qu'à Jean* « *et à Joseph.* »

Voilà quatre légataires, sans doute.

Mais, à bien regarder, on voit qu'ils ne sont point, tous les quatre, conjoints ensemble de la même manière, et qu'il y a là, au contraire, deux sortes de conjonctions : l'une, qui unit spécialement d'abord, Pierre et Paul, et ensuite Jean et Joseph; l'autre, qui unit, d'une part, Pierre et Paul, et d'autre part Jean et Joseph, considérés ensemble, de chaque côté, *per modum unius*, comme une seule tête.

D'où il suit que la défaillance de l'un des légataires ne profitera qu'à celui de ses colégataires, avec lequel il est plus spécialement conjoint; et qu'il n'y aurait lieu à l'accroissement, au profit des autres, qu'autant que les deux légataires de l'un ou de l'autre côté feraient, à la fois, défaut.

Enfin, supposez que le testateur ait dit :

« *Je lègue à Pierre et à Paul mon usine.* »

« *Je lègue cette même usine à Jean.* »

Nous aurons en présence deux sortes de conjonctions: la première, *re et verbis*, entre Pierre et Paul, qui sera réglée par l'article 1044; la seconde, *re tantum*, entre Pierre et Paul d'une part, et Jean d'autre part, qui sera réglée par l'article 1045.

Que l'un des conjoints *re et verbis*, Pierre ou Paul, fasse défaut, à qui accroîtra sa part?

Évidemment à son colégataire conjoint *re et verbis*, à l'exclusion du colégataire conjoint *re tantum*.

On se récrie : voilà donc la conjonction *re tantum*, qui est vaincue par la conjonction *re et verbis!*

Oui, sans doute, dans ce cas; mais c'est qu'il s'agit d'une question tout autre que celle que nous avons examinée plus haut, et qui consistait à savoir si le droit d'accroissement doit avoir lieu entre plusieurs légataires également conjoints ensemble *re tantum*. (*Supra*, n° 376.)

Tandis qu'il s'agit ici d'apprécier la force relative de deux conjonctions différentes; et il n'y a nulle contradiction à reconnaître alors que c'est la conjonction *re et verbis* qui doit, comme plus spéciale et plus étroite, l'emporter sur la conjonction *re tantum*.

C'est ce que disait Ulpien :

« *Si conjuncti disjunctis commixti sunt, conjuncti unius* « *personæ vice funguntur.* » (L. 34, *ff. de Legat.*, 1°; comp. Ricard, Part. III, toute la section VI, n°s 535 à 542; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. V, § 1; Toullier, t. III, n°s 693-694; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 354, note *a;* Duranton, t. IX, n° 515; Troplong, t. IV, n° 2182; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 208; Colmet de Santerre, t. IV, n° 199 *bis*, X.)

395. — Une double question reste à résoudre, à savoir :

1° Si l'accroissement a lieu *cum onere vel sine onere;* c'est-à-dire si le légataire, qui recueille la part vacante,

est ou n'est pas tenu d'accomplir les charges, qui avaient été imposées à son colégataire défaillant, et qui ne lui avaient pas été imposées à lui-même;

2° Si l'accroissement est volontaire ou forcé; c'est-à-dire si le colégataire est libre de s'en tenir à sa part, en répudiant la part du colégataire défaillant, ou s'il n'est pas, au contraire, tenu d'accepter le legs tout entier.

Nous réunissons ces deux questions, parce qu'elles se lient, en effet, et que la solution de l'une paraît être généralement subordonnée à la solution de l'autre (*voy.* toutefois *infra*, n° 399).

Un testateur *a légué la même chose à Pierre et à Paul, à la charge par Paul de payer* 10 000 *fr. à Jules, créancier du testateur, ou de servir une rente viagère de* 2000 *fr. à Jean.*

Paul faisant défaut, Pierre, son colégataire, qui va profiter de l'accroissement, est-il tenu de payer les 10 000 fr. à Jules, ou de servir la rente de 2000 fr. à Jean?

Deux systèmes différents sont, depuis longtemps, et encore aujourd'hui, en présence :

Le premier fait une distinction :

S'agit-il de légataires conjoints *re et verbis*, dans le cas prévu par l'article 1044?

L'accroissement a lieu *cum onere;* mais il est volontaire.

S'agit-il de légataires conjoints *re tantum*, dans le cas prévu par l'article 1045?

L'accroissement a lieu *sine onere;* mais il est forcé.

C'est, comme on voit, la distinction Justinienne du § 2 de la loi au Code, *de Caducis tollendis*, transportée dans notre Droit; et les jurisconsultes, qui l'invoquent, la fondent, en effet, sur le motif qu'en donnait Justinien, que ce n'est, en réalité, que dans le premier cas, que le colégataire acquiert la part vacante par droit d'accroissement; tandis que, dans le second cas, il ne fait que re-

tenir, *par droit de non-décroissement*, la chose entière, qui lui avait été léguée, à lui-même, sans aucune charge. (Comp. *supra*, n° 364; Delvincourt, t. II, p. 94, note *i*; Duranton, t. IX, n° 516; Taulier, t. IV, p. 186; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 208.)

396. — D'après le second système, au contraire, l'accroissement a toujours lieu *cum onere;* mais il n'est jamais forcé, ni dans le cas de la conjonction *re et verbis* de l'article 1044, ni dans le cas de la conjonction *re tantum* de l'article 1045.

Nous croyons ce système bien préférable :

1° Il est celui qui avait été généralement admis dans notre ancien Droit.

Nous convenons que les opinions n'y étaient pas unanimes (comp. d'Espeisses, t. II, part. I, sect. II, n° 46; Furgole, chap. IX, n°s 99, 100; Argou, *Inst. au Droit franç.*, liv. II, chap. XV, p. 393; Ricard, part. III, n° 556).

Mais ce que nous ne concédons pas, c'est que les partisans du premier système puissent, comme ils ont entrepris de le faire, récuser, sur ce point, l'autorité de Pothier, qui déclare, au contraire, nettement, ne voir, dans leur doctrine, qu'une *subtile distinction.* (*Des Donat. testam.*, chap. VI, sect. V, § 4; et *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 146.)

Or, c'est déjà, pour nous, un puissant motif de penser que cette distinction n'a pas été adoptée par les auteurs de notre Code, qui ont presque toujours suivi la doctrine de Pothier.

2° Nous ajoutons qu'ils devaient d'autant plus la suivre, dans ce cas particulier, qu'elle est la plus conforme à l'intention vraisemblable du testateur, et aux principes de notre matière.

Les partisans du premier système conviennent que, lorsqu'il s'agit de légataires conjoints *re et verbis*, on ne saurait admettre que le légataire acceptant puisse obte-

nir, par accroissement, la part du légataire défaillant, sans être tenu de remplir les charges, qui lui avaient été imposées; c'est que, en effet, il ne serait par raisonnable que l'accroissement procurât au légataire, qui en profite, un bénéfice plus considérable que les deux legs réunis! Or, c'est pourtant là ce qui arriverait, s'il n'était pas tenu de remplir les charges, qui étaient imposées à la portion vacante, que l'accroissement lui apporte! et puis, à interroger l'intention du testateur, comment soutenir qu'il ait voulu subordonner l'exécution des charges à l'acceptation de l'un de ses légataires, comme à une condition *sine qua non!*

Qu'importe, par exemple, à Jean, le sous-légataire de la rente de 2000 fr., que le testateur a chargé Paul de lui servir, que lui importe que la part, sur laquelle sa rente doit être servie, soit recueillie par Paul ou par Pierre est-ce qu'il doit souffrir, lui! de ce fait? et peut-on croire que le testateur ait voulu qu'il eût sa rente, dans un cas, et qu'il ne l'eût pas dans l'autre? non, sans doute! Lors donc que Pierre recueille la part de Paul, à son défaut, par accroissement, il faut dire, avec Pothier : *qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet*, et qu'il est, en conséquence, tenu de remplir les mêmes charges, que Paul eût été tenu de remplir, s'il avait recueilli. (*Loc. supra cit.*)

Et maintenant cette proposition étant démontrée en ce qui concerne les légataires conjoints *re et verbis*, nous n'aurons pas beaucoup d'efforts à faire pour établir qu'elle doit être également appliquée aux légataires conjoints *re tantum*.

Cette distinction, que font les partisans du premier système, entre le *droit d'accroissement* et le droit de *non-décroissement*, ne nous paraît, en effet, nullement péremptoire.

Nous sommes, certes, de ceux qui croient que la conjonction *re* est aussi forte que la conjonction *re et verbis*

(*supra*, n° 376); mais nous ne voudrions pas pourtant en exagérer la puissance; et, à notre avis, c'est là qu'en viennent ceux qui prétendent que les légataires *conjuncti re* sont légataires, d'une manière absolue, et, pour ainsi dire, isolée, chacun *in solidum*, de la totalité de la chose!

Mais vraiment, est-ce que chacun d'eux n'a pas aussi un colégataire? sans doute! et le testateur, en donnant à chacun d'eux ce colégataire, a bien vu apparemment qu'il restreignait, par le concours même auquel il les appelait, la vocation de l'un et de l'autre; de sorte que les mêmes motifs, par lesquels nous venons de prouver que le légataire conjoint *re et verbis* est tenu de remplir les charges imposées à son colégataire, se représentent, avec une égale force, pour prouver qu'il en est de même du légataire conjoint *re tantum*.

Bien plus! c'est *a fortiori*, qu'on doit maintenant le décider ainsi; car notre Code a traité la conjonction *réelle*, dans l'article 1045, moins favorablement qu'il n'a traité la conjonction *mixte*, dans l'article 1044; et il serait tout à fait illogique aujourd'hui d'attribuer à la première un effet plus avantageux qu'à la seconde!

Notre conclusion est donc que, soit dans le cas de l'article 1044, soit dans le cas de l'article 1045, l'accroissement s'opère *cum onere*, et qu'il est *volontaire*. (Comp. Aix, 11 juillet 1838, de Vaublanc, D., 1839, II, 65; Toullier, t. III, n° 695; Alban d'Hautuille, p. 183; Toullier, t. III, n° 695; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n°s 644-655; Vazeille, art. 1044, n° 7; Poujol, art. 1044, n° 9; Sebire et Carteret, *Encyclop. du Droit*, v° *Accroissement*, n° 43; Troplong, t. IV, n° 2181; Machelard, p. 322 et suiv.; Colmet de Santerre, t. IV, n° 199 *bis*, XI; Mourlon, qui cite en ce sens M. Valette; *Répét. écrit.*, t. II, p. 395; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1697.)

597. — L'accroissement est, disons-nous, volontaire et, par conséquent, le colégataire peut se soustraire aux

charges, que présente la part vacante, en la répudiant, pour s'en tenir à sa part.

Mais n'est-ce point là une contradiction avec la doctrine, que nous avons présentée plus haut, d'après laquelle l'accroissement se fait de la portion à la portion, sans que l'on doive exiger que le légataire, à la portion duquel accroît la portion vacante, soit encore vivant et capable, au moment où elle y accroît? et ne fournissons-nous pas un argument à la doctrine contraire, qui, ne voyant dans l'accroissement qu'une substitution vulgaire tacite, exige que le colégataire lui-même soit vivant et capable pour le recueillir? (*Supra*, n° 390.)

Ne pourrait-on pas, en effet, formuler, contre nous, ce dilemme :

Ou le legs, fait conjointement, doit être considéré, dans la personne de chacun des colégataires, comme un seul legs; et dans ce cas, on pourra bien dire que l'accroissement se fait à la portion, et non à la personne, et qu'il n'est pas nécessaire que le colegataire survive, pour en profiter; mais on ne pourra plus dire que l'accroissement est volontaire; car un seul legs ne peut pas être accepté pour partie et répudié pour partie;

Ou le legs, fait conjointement, doit être considéré comme renfermant autant de legs distincts qu'il y a de colégataires; et dans ce cas, on pourra bien dire que l'accroissement est volontaire, et que le légataire peut conserver sa part et répudier la part vacante; mais on ne pourra plus dire que l'accroissement ne se fait pas à la personne et qu'il n'est pas nécessaire que le colégataire survive et soit capable, pour recueillir lui-même cette nouvelle part; car elle ne lui était pas encore acquise, puisqu'il peut la répudier; ce qui prouve qu'elle lui échoit, en vertu d'une cause nouvelle d'acquisition, comme par l'effet d'une substitution vulgaire. (Comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 199 *bis*, IX).

Nous ferons deux réponses :

D'abord, il ne nous paraît nullement impossible de justifier, au point de vue des principes, ces deux propositions, que l'on présente comme inconciliables.

Oui! nous admettons, en même temps, d'une part, que le legs fait conjointement doit être considéré, dans la personne de chacun des colégataires, comme un seul legs; et d'autre part, que l'accroissement de la portion vacante est volontaire, et peut être refusé; c'est que, en effet, cette règle qu'un seul legs ne peut pas être accepté pour partie et répudié pour partie, n'a rien d'absolu; notre honorable collègue, M. Machelard, remarque justement que, si elle est raisonnable, quand il s'agit d'un legs identique dans toutes ses parties, elle peut bien souffrir exception, quand il s'agit d'un legs divisé en deux fractions, dont l'une est libre, tandis que l'autre est peut-être surchargée (*Dissert. sur le droit d'accroiss.*, p. 327); et la doctrine qui laisse, dans ce cas, l'option au légataire ou à ses héritiers, paraît conforme à l'intention vraisemblable du testateur.

Nous ajoutons que, à supposer même qu'il n'y ait pas une harmonie parfaite entre nos deux règles, et, pour nous servir du mot d'Holtius, que la loi *cloche*, en cet endroit, par quelque côté (*Thémis*, t. X, p. 344), il n'en faut pas moins reconnaître que la loi est ainsi faite; car telles étaient, comme nous l'avons remarqué (*supra*, n° 396), les traditions de notre ancien Droit, que notre Code a certainement voulu maintenir.

398. — Alban d'Hautuille (p. 183), et M. Bayle-Mouillard (sur Grenier, t. III, n° 354, note *a*), qui admettent aussi que, en règle générale, l'accroissement est volontaire, ajoutent toutefois, *qu'il est forcé, en matière de legs universels.*

« En effet, dit M. Bayle-Mouillard, le titre du légataire universel doit être universel de fait comme de droit, quand il est resté seul. »

C'est précisément ce que nous avons dit nous-même, pour prouver que les articles 1044 et 1045 ne sont pas applicables aux legs universels (*supra*, n° 383; comp. art. 786; et notre *Traité des Successions*, t. III, n° 48; *voy.* aussi t. II, n° 566).

Mais on se rappelle que les savants jurisconsultes, que nous venons de citer, enseignent la doctrine contraire; et nous croyons que, en reconnaissant ici que l'accroissement, qui est volontaire dans les legs particuliers, d'après les articles 1044 et 1045, est forcé dans les legs universels, ils ont fait une concession, qui devient un argument de plus contre eux, pour établir que ces articles, en effet, ne concernent que les legs particuliers.

399. — Mais, dira-t-on, si l'accroissement est forcé dans les legs universels, quel sera le sort des charges, qui avaient été imposées au colégataire défaillant, sans avoir été imposées au colégataire acceptant?

Nous croyons que, en principe, elles devraient être accomplies par le légataire acceptant, c'est-à-dire que l'accroissement se ferait *cum onere*.

Il est vrai que, dans le cas des articles 1044 et 1045, on a coutume de justifier cette première proposition : que l'accroissement se fait avec les charges, précisément par cette seconde proposition : qu'il est volontaire, et que, par conséquent, le colégataire ne peut pas se plaindre, libre qu'il est de tout refuser!

Et certainement, cette explication ne doit pas être négligée, lorsqu'elle est possible.

Mais nous ne pensons pas qu'elle soit indispensable, et que la première de ces propositions ne puisse être que la conséquence de la seconde.

Au contraire, à notre avis, toutes les fois que la charge, qui a été imposée au colégataire défaillant, n'avait rien qui lui fût personnel (et il n'est, bien entendu, dans tout ceci, question que de ces sortes de charges), nous croyons que le colégataire acceptant doit les remplir, lorsque, vo-

lontairement, ou même forcément, il recueille la totalité du legs!

Cette conclusion nous paraît conforme à l'intention du testateur, à l'intérêt des tiers au profit desquels les charges ont été établies, et, par conséquent aussi à l'équité comp. *supra*, n° 396).

QUATRIÈME PARTIE

CONSACRÉE A CERTAINES DISPOSITIONS, QUI, A RAISON DE LEUR CARACTÈRE ET DE LEUR IMPORTANCE, ONT PARU MÉRITER QUE LE LÉGISLATEUR EN POSAT SPÉCIALEMENT LES RÈGLES.

SOMMAIRE.

400. — Nous voici arrivé à la quatrième et dernière partie de la distribution générale, que nous avons faite de notre titre (*voy.* le tome I, n° 13).

Cette partie est consacrée à certaines dispositions, très-importantes en même temps que très-usuelles, et dont le législateur a cru, par ce double motif, qu'il était nécessaire de poser spécialement les règles.

Ces dispositions sont au nombre de trois ; à savoir :

1° Les dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur, ou des enfants de ses frères et sœurs.

2° Les partages d'ascendants ;

3° Les donations faites par des tiers aux époux, par contrat de mariage ; ou par l'un des époux à l'autre, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

Il nous reste à les exposer successivement.

CHAPITRE VI.

DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS-ENFANTS DU DONATEUR OU TESTATEUR, OU DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SŒURS.

SOMMAIRE.

401. — La disposition, dont il s'agit, est mentionnée, dans l'article 897, comme formant une exception à l'article 896, qui prohibe les substitutions.
402. — Caractère de cette exception, et motifs sur lesquels elle est fondée.
403. — Suite.
404. — Suite.
405. — La disposition, que les articles 1048 et suivants autorisent, constitue une véritable substitution. — Pourquoi les rédacteurs du Code ont évité de lui donner ce nom. — Observation générale.
406. — De la loi du 17 mai 1826, sur les substitutions, qui a été abrogée par la loi du 7 mai 1849.
407. — Division générale.

401. — La disposition, qui va faire l'objet de notre étude, est celle que l'article 897 nous a présentée comme formant une exception à la règle générale, par laquelle l'article 896 prohibe les substitutions (comp. le tome I, n° 62).

402. — Cette exception, d'ailleurs, s'applique à une hypothèse, qu'il suffit d'énoncer pour faire voir combien elle est légitime ou plutôt même nécessaire.

Un homme a un enfant prodigue, dissipateur; et c'est avec effroi, que, dans sa prévoyante tendresse, il envisage l'avenir, que l'inconduite de cet enfant lui réserve, à lui-même et à ses propres enfants!

Telle est la situation, que le législateur a en vue, et à laquelle il a pensé, très-justement, que son devoir était de subvenir.

Deux motifs, également puissants, la recommandaient, en effet, à sa protection : l'un, d'intérêt privé ; l'autre, d'intérêt public.

Dans l'intérêt privé d'abord, l'humanité, l'équité exigeaient qu'il donnât une satisfaction à cette pieuse sollicitude du chef de famille et qu'il lui fournît le moyen de préserver ses petits-enfants de la misère, qu'il entrevoit pour eux !

C'est aussi certainement dans l'intérêt public, qu'il importe de garantir les familles de ces déchéances, de ces dégradations, qui les précipiteraient de l'aisance et de la richesse peut-être, dans le dénûment et la pauvreté, au détriment et souvent même au péril de l'État ! nous disons : les familles, toutes les familles, obscures ou illustres ; car, il ne s'agit pas de conserver l'éclat ni la splendeur des noms ; il s'agit, à un point de vue plus général, de la conservation du bon ordre de la société ! (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 2.)

Et, comme les frères et sœurs, lorsqu'ils ne laissent pas d'enfants, éprouvent généralement les mêmes sentiments de sollicitude pour leurs frères et sœurs et pour leurs neveux et nièces : *quia referunt inter se speciem liberorum et parentum*, le législateur les a assimilés aux père et mère, en leur permettant de pourvoir, par le même moyen, à l'avenir de leurs frères et sœurs et de leurs neveux et nièces.

405. — Mais quel devait être ce moyen?

La réponse n'était pas exempte de difficultés ; et les rédacteurs de notre Code hésitèrent !

Nous avons vu déjà qu'ils avaient même, d'abord, dans le titre *de la Puissance paternelle*, adopté une combinaison tout autre que celle qui a prévalu, plus tard, dans notre titre *des Donations entre-vifs et des Testaments*; ils avaient alors autorisé une *disposition officieuse*, par laquelle les père et mère pouvaient réduire leur enfant au simple usufruit de sa portion héréditaire, au profit de ses enfants nés ou à naître, sous ces conditions, à savoir : 1° que la dissipation fût notoire ; 2° que cette cause de la disposition fût spécialement exprimée ; 3° qu'elle fût en-

core subsistante, à l'époque de la mort du père ou de la mère; d'où il suivait que cette disposition ne pouvait être faite que par testament. (Comp. notre *Traité de la Puissance paternelle*, n° 288.)

Mais ce projet fut ajourné; et, lorsqu'on le représenta dans la discussion de notre Titre, il souleva des objections d'une gravité telle qu'il fut définitivement écarté. Est-ce que, en effet, il ne portait pas atteinte à la réserve, qui doit être toujours inviolable! et puis, pourquoi réduire le père à cette nécessité douloureuse de proclamer lui-même son fils dissipateur! de lui imprimer cette flétrissure, qui lui fera perdre l'estime de ses concitoyens, qui pourra lui enlever tout crédit, et lui fermer l'accès des emplois publics? la conséquence n'en serait-elle pas aussi presque toujours un procès entre les enfants; procès déplorable, par lequel le fils, ainsi noté par son père, viendrait l'accuser, à son tour, de dureté et d'injustice, et protester contre cette exhérédation honteuse!

Voilà pourquoi on abandonna l'idée de la *disposition officieuse*, pour la remplacer par la disposition, que nos articles 1048 et suivants ont organisée. (Comp. Locré, *Législ. civ.*, t. XI, p. 104, 105 et 109.)

404. — Ce n'est pas que ce mode de disposition soit lui-même irréprochable.

La réserve de l'enfant y est respectée sans doute, puisqu'il ne porte que sur la quotité disponible.

Mais n'a-t-il pas, en sens inverse, cet inconvénient bien grave, lorsque le disposant a plusieurs enfants, que la dissipation et la prodigalité pourront devenir, au profit de l'un d'eux, un titre à la quotité disponible par préciput! c'est que, en effet, suivant l'expression de d'Aguesseau, ce mode de disposition est tel que, *en instituant l'enfant, on le déshérite; mais aussi que, en le déshéritant, on l'institue!* (Comp. notre *Traité* précité, *loc. supra.*)

Ajoutons que l'enfant, le frère ou la sœur, grevé de restitution, peut aliéner les biens soumis à cette charge,

qu'il peut en être exproprié par ses créanciers; de sorte que s'il est, en effet, un prodigue, son avenir, à lui, n'est pas assuré par ce mode de disposition.

Il est vrai! aussi, la pratique, éclairée par l'expérience, a-t-elle cherché d'autres moyens pour arriver au même but. (Comp. *supra*, n° 96.)

Quoi qu'il en soit, il est un avantage, que l'on ne saurait refuser à la disposition, par laquelle nos articles 1048 et suivants ont remplacé la *disposition officieuse*, c'est que, précisément parce qu'elle ne peut avoir pour objet que la quotité disponible, on n'a pas été dans la nécessité d'exiger des père et mère la déclaration du motif, qui la leur a inspirée; et ils sont, en effet, libres de la faire, sans avoir à en rendre compte.

C'est ainsi que le père ou la mère, le frère ou la sœur, peuvent y recourir, non-seulement lorsque leur enfant ou leur frère ou sœur est prodigue, mais dans d'autres cas encore; comme, par exemple, s'il a subi, ainsi qu'il arrive, hélas! quelquefois, malgré toute sa sagesse, des revers immérités; ou même si se trouvant actuellement dans un état de fortune prospère, il est engagé dans des opérations aventureuses, dont le disposant craindrait les périls et le dénoûment!

405. — La disposition, que les articles 1048 et suivants autorisent, c'est, avons-nous dit, une substitution.

Il est notable, toutefois, que ce mot ne se trouve pas dans notre chapitre!

Mais si les rédacteurs du Code ont évité de s'en servir, c'est par un scrupule semblable à celui par lequel ils ont aussi évité l'emploi de certains mots, qui, en paraissant rappeler les institutions de l'ancien régime, auraient pu blesser les susceptibilités nationales! (Comp. notre *Traité de l'Usufruit*, t. II, n° 211; et notre *Traité des Servitudes*, t. I, n° 3; Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 109.)

Il n'en est pas moins évident, d'ailleurs, que c'est bien une substitution véritable, qu'ils ont autorisée (comp. art.

896, 897); aussi, la force même des choses les ramenant à la terminologie de cette matière, nous les voyons se servir des autres mots, qui en sont caractéristiques : *le grevé et les appelés*. (Art 1050, 1053.)

Il faut ajouter que c'est à l'Ordonnance de 1747, sur *les substitutions*, qu'ils ont emprunté la plupart des articles de notre chapitre, qui règlent les effets de cette disposition. (Art. 1053 à 1074.)

Cette remarque est importante; car, dès qu'il est reconnu que la disposition, dont il s'agit, est une substitution, la conséquence à en déduire, c'est qu'il faudra, en général, y appliquer les principes de la substitution.

406. — En traçant l'histoire des substitutions, nous avons rappelé que la loi du 17 mai 1826 n'avait pas seulement étendu le cercle des exceptions, que les articles 1048 et 1049 ont faites à l'article 896, mais qu'elle en avait profondément dénaturé le caractère. (Comp. le tome I, n° 64, 65.)

Cette loi, en effet, portait que les biens, dont il est permis de disposer, pourraient être donnés ou légués, à la charge, par le donataire ou légataire, quel qu'il fût, *parent ou non parent du disposant*, de les rendre *à un ou plusieurs de ses enfants nés ou à naître, jusqu'au deuxième degré inclusivement*.

D'où résultaient trois dérogations capitales à notre chapitre du Code Napoléon, qui n'autorise, au contraire, la disposition à charge de rendre, que sous cette triple condition ; 1° qu'elle sera faite au profit de l'enfant ou du frère et de la sœur du disposant, dans l'intérêt de ses petits-enfants ou de ses neveux et nièces; 2° qu'elle sera faite dans l'intérêt de tous ses petits-enfants ou de tous ses neveux et nièces; 3° qu'elle sera faite au profit des enfants ou neveux au premier degré seulement.

C'est que la loi du 17 mai 1826 avait un caractère politique, et que son but, très-différent de celui que nos

articles 1048 et 1049 se proposent, était surtout de reconstituer une aristocratie territoriale!

Aussi, a-t-elle été abrogée par la loi du 7 mai 1849. (Comp. le tome I précité, *loc. supra.*)

407. — Nous n'avons donc à nous occuper que de la disposition organisée par les articles 1048 et suivants, qui sont redevenus aujourd'hui tels que le législateur du Code Napoléon les avait d'abord décrétés.

A cet effet, nous examinerons deux points principaux; savoir :

I. — Dans quels cas et sous quelles conditions cette disposition est permise;

II. — Quels en sont les effets.

§ I.

Dans quels cas et sous quelles conditions la substitution est-elle permise.

SOMMAIRE.

408. — Texte des articles 1048 et 1049. — Division.

409. — La disposition autorisée par ces articles constitue une exception à une règle, qui est fondée sur des motifs d'intérêt public. — Conséquence.

410. — A. — Par quelles personnes et au profit de quelles personnes la substitution officieuse peut-elle être faite? — Il faut que l'auteur de la disposition soit le père ou la mère, le frère ou la sœur sans enfants, du donataire ou du légataire grevé de substitution.

411. — L'aïeul pourrait-il, en faisant une disposition au profit de son petit-enfant, lui imposer la charge de rendre à ses arrière-petits enfants?

412. — Les père et mère naturels peuvent-ils, en faisant une disposition au profit de l'enfant par eux reconnu, lui imposer la charge de rendre à ses enfants?

413. — Le beau-père ou la belle-mère pourrait-il, en faisant une disposition au profit de son gendre ou de sa bru, le charger de rendre les biens à ses petits-enfants?

414. — Le frère ou la sœur peut aussi, en cas de mort sans enfants, faire une disposition au profit de l'un de ses frères ou sœurs, avec la charge de rendre les biens à ses neveux et nièces. — L'oncle ou la tante pourrait-il faire une disposition au profit de son neveu, avec la charge de rendre à ses petits-neveux ou petites-nièces?

415. — Pourquoi le frère ou la sœur ne peut-il grever son frère ou sa sœur de substitution que dans le cas où il meurt sans enfants? — Explication.

416. — Quel est le sens du mot : *enfants*, dans l'article 1049? — Faut-il y comprendre l'adopté?

416 *bis* — Suite.

417. — Faut-il y comprendre l'enfant naturel?

418. — Le disposant peut d'ailleurs grever de substitution soit un ou plusieurs de ses enfants, soit un ou plusieurs de ses frères ou sœurs. — Explication.

419. — Il suffit que le frère ou la sœur disposant ne laisse pas d'enfants, au moment de sa mort, lors même qu'il en aurait eu, au moment où il a fait la disposition.

420. — *Quid*, si les enfants laissés par le frère ou la sœur disposant renoncent à sa succession, ou en sont exclus comme indignes?

421. — Si le frère ou la sœur disposant n'avait pas d'enfant, au moment où il a fait une donation entre-vifs à son frère ou à sa sœur, avec charge de restitution, cette donation serait, comme toute autre, révoquée de plein droit, par la survenance d'un enfant.

422. — Il faut que les appelés soient les enfants du donataire ou du légataire grevé.

423. — Suite.

424. — Suite.

425. — La substitution n'est valable qu'autant qu'elle est faite au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé. — Explication.

426. — Suite.

427. — Suite.

428. — Du cas où le grevé de restitution meurt laissant des enfants au premier degré et des descendants d'un enfant prédécédé. — Comparaison du Droit nouveau avec l'ancien Droit.

429. — Si tous les enfants, au premier degré, du grevé, viennent à mourir avant lui, laissant eux-mêmes des enfants, ceux-ci, ses petits-enfants, au second degré, pourront-ils recueillir le bénéfice de la substitution?

430. — La charge de restitution ne peut être imposée qu'au profit des enfants nés et à naître du grevé, *au premier degré seulement*. — Quel est le sens de ces mots?

431. — Suite. — Il n'est pas permis d'établir deux degrés de restitution. — Exemple.

432. — Suite. — La substitution, qui est faite en dehors des conditions prescrites par les articles 1048 à 1051, doit être déclarée nulle tout entière. — Explication.

433. — B. — La substitution permise ne peut comprendre que les biens, dont il est permis au substituant de disposer. — Explication.

434. — Si la substitution dépassait la portion de biens disponible, elle ne serait pas nulle, mais seulement sujette à réduction.

435. — Le disposant pourrait-il, en donnant entre-vifs ou en léguant la quotité disponible à son unique enfant, ou à l'un de ses enfants par préciput, lui imposer la charge de rendre, non-seulement la quotité disponible, mais encore sa réserve, à ses enfants nés et à naître?

408. — Les articles 1048 et 1049 sont ainsi conçus :

Article 1048 : « Les biens, dont les père et mère ont « la faculté de disposer, pourront être, par eux, donnés, « en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs en- « fants, par acte entre-vifs ou testamentaire, avec la « charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naî- « tre, au premier degré seulement, desdits donataires. »

Article 1049 : « Sera valable, en cas de mort sans en- « fants, la disposition que le défunt aura faite, par acte « entre-vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs « de ses frères ou sœurs, de tout ou partie des biens « qui ne sont point réservés par la loi dans sa succes- « sion, avec la charge de rendre ces biens aux enfants « nés et à naître, au premier degré seulement, desdits frè- « res ou sœurs donataires. »

De ces articles principaux, dont les autres ne sont, pour ainsi dire, que le développement, il résulte que les conditions, sous lesquelles cette substitution est permise, sont relatives aux trois points suivants :

A. — Aux personnes, par lesquelles et au profit desquelles elle peut être faite;

B. — Aux biens, qu'elle peut comprendre;

C. — Aux actes, par lesquels elle peut avoir lieu.

Nous allons les exposer successivement.

409. — Mais, avant tout, nous ferons une observation générale.

C'est que cette *substitution officieuse* comme on l'appelle, constitue une exception à la règle, par laquelle l'article 896 prohibe les substitutions, et qu'elle doit être, en conséquence, rigoureusement renfermée dans les termes des articles qui l'autorisent; d'autant plus que la règle à laquelle elle déroge, est fondée sur des motifs d'ordre public. (Comp. *infra*, n° 432.)

410.— A. Ainsi, d'abord, d'après le texte de nos articles 1048 et 1049, l'auteur de la disposition doit être le père ou la mère, le frère ou la sœur sans enfants, du donataire ou du légataire grevé de substitution.

C'est dans ce cercle de personnes que le législateur a renfermé l'exception; par le motif, sans doute, que ces rapports de parenté peuvent seuls justifier cette sollicitude, pour ainsi dire, collective, du disposant pour le grevé et les appelés, entre lesquels sa tendresse n'a point de préférence, et dont il est juste qu'il puisse assurer également l'avenir.

Si, malgré la faveur de ce motif, qui aurait pu s'étendre peut-être à d'autres relations de parenté, le législateur en a néanmoins marqué si sévèrement la limite, c'est, disons-nous, qu'il s'agit d'une exception considérable à des principes de droit public et même aussi de droit privé, puisque, le plus souvent, les appelés n'étant pas encore conçus, la disposition qui les gratifie, constitue une dérogation aux règles sur la capacité de recevoir. (Art. 906; comp. le tome I, n° 377.)

De là plusieurs conséquences :

411. — C'est ainsi que l'aïeul ou l'aïeule ne pourrait pas, en faisant une disposition au profit d'un de ses petits-enfants, lui imposer la charge de rendre à ses arrière-petits-enfants; et cela, lors même que le petit-enfant grevé se trouverait, par le prédécès de son père ou de sa mère, appelé personnellement à la succession de son aïeul.

La doctrine contraire a été, il est vrai, enseignée par quelques jurisconsultes, qui invoquent l'analogie ou plutôt même, disent-ils, l'identité des situations, en ajoutant que le mot : *enfants*, comprend tous les *descendants* (Arg. de l'article 914; comp. Dijon, 14 févr. 1851, de Flasselière, arrêt cassé, *infra*, Dev., 1853, I, 520; Delvincourt, t. II, p. 104, note 5; Duranton, t. IX, n° 525; Vazeille, art. 1048, n° 3; D., *Rec alph.*, v°. *Substitution*, sect. III, n° 292).

Mais la réponse est facile :

1° Si le mot : *enfants*, comprend, en effet, souvent tous les *descendants*, ce n'est pas lorsque le sens est défini et

limité par l'emploi des mots corrélatifs : *les père et mère*, comme dans l'article 1048, où ces mots sont même particulièrement en relief et forment l'idée principale! aussi, l'intitulé de notre chapitre ne laisse-t-il, à cet égard, aucun doute : *Des dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur; de ses petits-enfants*, oui! mais non pas de ses *arrière-petits-enfants!*

Que l'on compare cet *intitulé* à celui du chapitre VII, et les termes de l'article 1048 à ceux de l'article 1075 ; et l'on verra quelle différence!

2° Cette preuve est d'autant plus certaine, que c'est à dessein que nos textes ont été ainsi rédigés.

Le Tribunat avait, en effet, proposé une autre rédaction de l'article 1048 en ces termes : « *Les biens dont les* « *pères et mères* ET AUTRES ASCENDANTS, *ont la disposition, peuvent être donnés à un ou plusieurs de leurs enfants* OU DESCENDANTS *successibles.* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 329);

Or, précisément, cette proposition n'a pas été admise;

Donc, c'est intentionnellement que les auteurs de notre Code ont limité aux *père et mère* la faculté de faire cette substitution.

3° On se récrie que les mêmes motifs existent pour accorder à l'aïeul la faculté de grever ses petits-enfants de substitution au profit de ses arrière-petits-enfants, lorsqu'il a perdu son enfant; que c'est lui, alors, qui le remplace; et qu'il doit pouvoir assurer, comme leurs père et mère l'auraient pu, l'avenir de ses arrière-petits-enfants!

Nous répondons qu'il y a, au point de vue économique, une grande différence entre ces deux hypothèses.

La substitution, dont l'aïeul pourrait grever son petit-enfant, aurait, en effet, toujours une durée bien plus longue que celle, dont le père peut grever son enfant, puisque le petit-enfant est plus jeune d'une génération! or, cette considération est d'un grand poids dans notre matière; et il ne paraît pas douteux qu'elle a été décisive

pour le législateur. (Comp. *infra*, nos 414 et 439; Paris, 23 août 1850, Belon, Dev., 1850, II, 611; Cass., 29 juin 1853, de Flasselière, Dev., 1853, I, 520; Besançon, 2 déc. 1853, mêmes parties, Dev., 1854, II, 240; Toullier, t. III, n° 723; Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Substitution*, nos 115 et suiv.; Coin-Delisle, art. 1048, n° 2; et *Revue crit. de Législat.* 1854, t. IV, p. 305-307; Marcadé, art. 1048, n° 1; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 361, note *a;* Troplong, t. IV, n° 2213; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 37; Massé et Vergé, t. III, p. 191; Colmet de Santerre, t. IV, n° 209 *bis*, III; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1723.)

412. — Les père et mère naturels peuvent-ils, en faisant une disposition au profit de l'enfant par eux reconnu, le grever de substitution au profit de ses enfants?

De ses enfants naturels? certainement non! (Arg. de l'article 756.)

Mais il serait permis de douter, en ce qui concerne les enfants légitimes de l'enfant naturel; car, ceux-ci ne sont pas légalement étrangers au père et à la mère naturels de leur auteur. (Arg. de l'article 759; comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 84); et ce mode de disposition semblerait même particulièrement utile, à l'égard des enfants naturels, dont on peut craindre les dissipations, plus encore que de la part des enfants légitimes, dont l'éducation est l'objet de plus de soins, et qui puisent, dans la légitimité même de leur origine, cet instinctif amour de l'ordre, que les père et mère naturels ont rarement assez d'autorité pour inspirer à leur enfant. (Comp., Paris, 27 avril 1868, Griet, Dev., 1868, II, 173; et les remarquables conclusions de M. l'avocat-général, Dupré-Lasale, *h. l.*; Guilhon, *Traité des Donations*, t. III, n° 1059.)

Nous pensons pourtant que le législateur, dans ce chapitre, ne s'est préoccupé que des enfants légitimes.

La preuve en résulte de tous ces termes *de degré* et autres

qui impliquent des relations de parenté légitime; ce qu'il a eu en vue, c'est la conservation de la famille; et, comme il s'agit d'une exception, qui ne doit pas être étendue, il ne nous paraît pas permis de l'appliquer à des relations auxquelles, il n'a pas songé en la décrétant.

Ajoutons que la part héréditaire de l'enfant naturel, dans la succession de ses père et mère, est souverainement déterminée par la loi, et que c'est la loi elle-même, en effet, qui la lui transmet, sans que ses auteurs puissent la modifier par des dispositions à titre gratuit; d'où il semble résulter que la pensée du législateur n'a pas été qu'ils puissent disposer à son profit, en le grevant de substitution. (Arg. de l'article 908; comp. trib. civil de la Seine, 24 déc. 1867, Putois, *le Droit* du 20 janv. 1868; ce jugement toutefois a été infirmé par l'arrêt précité de la Cour de Paris).

413. — Ce qui est certain, d'ailleurs, c'est que le *beau-père* ou la *belle-mère* ne pourrait pas, en faisant une disposition au profit de son *gendre* ou de sa *bru*, même en cas de prédécès de sa fille ou de son fils, le grever de la charge de rendre les biens à ses petits-enfants.

Les *appelés* seraient bien alors, sans doute, les petits-enfants du disposant.

Mais le *grevé* ne sera pas son enfant! (Comp. Turin, 29 déc. 1810, Manguardi, D., 1815, II, 55; Coin-Delisle, art. 1048, n° 2.)

414. — Le *frère* ou la *sœur* peut, avons-nous dit, en cas de mort sans enfants, faire une disposition au profit de l'un de ses frères ou sœurs, avec la charge de rendre les biens à ses neveux et nièces.

D'où il faut conclure que cette disposition ne pourrait pas être faite par l'*oncle* ou la *tante* au profit de ses neveux et nièces, avec la charge de restitution à ses *petits-neveux* et *petites-nièces;*

Conclusion, qui dérive du texte même de l'article 1049 et qui confirme, de plus en plus, la solution, que nous

avons donnée plus haut, que l'aïeul ne pourrait pas faire une disposition au profit de son petit-enfant, avec la charge de restitution à ses arrière-petits-enfants. (*Supra*, nº 411.)

415. — Cette disposition n'est, toutefois, permise au frère et à la sœur que *en cas de mort sans enfants.*

On pourrait, à première vue, s'en étonner, puisqu'elle ne peut jamais porter que sur la portion de biens disponible!

Le frère, par exemple, qui laisse un enfant, peut disposer, au profit de son frère, de la moitié de ses biens. (Art. 913.)

Eh bien! donc, où est l'obstacle à ce que, s'il en dispose, il puisse grever son frère de la charge de restitution au profit de ses neveux?

L'explication en est dans le caractère même de la substitution, telle que les rédacteurs de notre Code ont voulu seulement l'autoriser.

Ce qu'ils ont seulement voulu autoriser, c'est le moyen, pour le disposant, d'assurer la transmission héréditaire de ses biens à ceux qui sont, en effet, appelés, par la loi, à les recueillir comme héritiers; et c'est à cette seule fin, qu'ils lui permettent de faire d'eux des donataires ou des légataires, avec charge de restitution; voilà pourquoi la substitution est permise par les père et mère envers leurs enfants; et pourquoi elle n'est permise au frère ou à la sœur, envers ses frères et sœurs, qu'*en cas de mort sans enfants;* car, c'est seulement en ce cas, que le frère devient héritier de son frère; et il est alors naturel que le disposant puisse garantir sa fortune, dans l'intérêt de ses neveux et nièces, contre les dissipations, qu'il craindrait de la part de son frère!

Ajoutons que, dans le cas où le frère ou la sœur a des enfants, c'est à eux qu'il doit avant tout, sa sollicitude, et que le législateur n'a pas voulu favoriser un genre de disposition, qui aurait pu porter les père et mère à dé-

pouiller leurs enfants, dans l'intérêt de leur famille collatérale.

416. — L'explication, qui précède, nous paraît avoir préparé et rendu plus facile la solution d'une question, fort controversée entre les jurisconsultes, à savoir : si le mot : *enfants*, dans l'article 1049, comprend non-seulement l'enfant légitime ou légitimé, mais encore l'enfant adoptif et l'enfant naturel reconnu.

Et d'abord, en ce qui concerne l'enfant adoptif, l'opinion la plus accréditée enseigne que son existence, à l'époque du décès du frère ou de la sœur disposant, n'empêcherait pas la validité de la substitution.

Cette opinion commence par écarter, comme ne pouvant faire aucun doute, le cas où la substitution ayant été faite par donation entre-vifs, l'adoption n'aurait été consentie par le donateur que postérieurement ; on ne saurait, dit-elle, admettre que le donateur ait le pouvoir de créer ainsi, par son fait, contre la donation antérieure, une cause, non pas seulement de réduction, mais de nullité ! (Arg. de l'article 960.)

Les partisans de cette doctrine vont encore plus loin ; et ils décident que, lors même que l'adoption serait antérieure à la disposition, faite avec charge de restitution, l'existence de l'adopté, à l'époque de la mort du disposant, n'en empêcherait pas la validité : 1° parce que notre Code ne désigne pas l'*adopté*, sous le nom d'*enfant* de l'adoptant ; 2° parce qu'il importe peu que l'adopté ait, aux termes de l'article 350, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que l'enfant né en mariage ; car, il s'agit uniquement ici du fait même de la non-existence d'*enfants*, à l'époque de la mort du disposant ; la loi n'ayant subordonné qu'à cette seule condition la validité de la substitution. (Comp. Coin-Delisle, art. 1048, 1049, n° 9 ; Troplong, t. IV, n° 2219 ; Ancelot sur Grenier, t. III n° 361, note *a ;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 38 ; Dalloz, *Rec. alph.*, *h.v.*, n° 298 ; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1725.)

Nous serions, au contraire, plus touché de l'argument, que fournit l'article 350, dans l'intérêt de l'adopté. Il est vrai que le Code ne l'appelle pas du nom d'*enfant;* mais il lui accorde, dans la succession de l'adoptant, les mêmes droits que s'il était enfant légitime ; de sorte que les frères et sœurs de l'adoptant ne sont point appelés à sa succession.

Eh bien ! ceci nous paraît décisif contre eux, dans cette question !

Car, précisément, nous venons d'établir (*supra,* n° 415), que la substitution n'est permise par le frère ou la sœur que dans le cas où ses frères et sœurs sont appelés à sa succession, et qu'elle n'a été instituée qu'afin de lui fournir le moyen de mieux opérer cette transmission héréditaire.

Donc, l'adopté doit y faire obstacle, aussi bien que l'enfant légitime, puisqu'il exclut, aussi bien que lui, la vocation héréditaire des frères et sœurs. (Comp. notre *Traité de l'Adoption,* nos 151 et 153 ; Rolland de Villargues, *Répert. de Favard,* v° *Substitution,* chap. VI, sect. II, § 1, n° 3 ; Vazeille, art. 1049, n° 4 ; Marcadé, art. 1049.)

416 *bis.* — Cette conclusion nous paraît si bien justifiée, que nous voudrions l'appliquer même au cas où l'adoption n'aurait eu lieu que postérieurement à la donation entre-vifs, par laquelle le frère avait grevé son frère ou sa sœur de la charge de restitution.

On se récrie que la donation entre-vifs est irrévocable, et que le donateur ne peut pas, au moyen d'une adoption, qui n'est qu'une nouvelle libéralité, porter atteinte au droit acquis du donataire antérieur !

Nous répondons que l'adoption n'est pas une libéralité, ni une donation entre-vifs, ni un testament; elle est, comme le mariage, qui aurait été contracté par le donateur, un acte de l'état civil, qui crée, entre l'adoptant et l'adopté, certains rapports de paternité et de filiation, auxquels la loi elle-même attache le droit de successibilité

en faveur de l'adopté; les épreuves dont elle a entouré le contrat d'adoption, ont eu précisément pour but de prévenir ces sortes de fraudes. (Comp. notre *Traité de l'Adoption*, nos 48 et 127.)

L'adoption ne révoque pas, de plein droit, les donations entre-vifs faites antérieurement par l'adoptant! (Art. 960.)

Sans doute! mais il ne s'agit pas de cette révocation.

Le droit, que l'adopté réclame, c'est un droit héréditaire, qui, à certains égards, participe de la réserve (*Infra*, n° 419); or, l'adopté a la même réserve que l'enfant né en mariage.

Enfin, soit que l'adoption ait été antérieure à la donation entre-vifs faite avec charge de rendre, soit qu'elle y ait été postérieure, n'est il pas vrai, dans un cas comme dans l'autre, que l'adopté exclut les frères et sœurs de l'adoptant, et que ceux-ci n'ayant pas droit à la succession de leur frère, il n'est pas nécessaire de lui fournir le moyen d'en assurer la transmission à ses neveux et nièces, qui ne sont pas appelés à la recueillir!

417. — Quant à l'enfant naturel reconnu du disposant, c'est par le même motif, en sens inverse, qu'il ne nous paraît pas devoir être un obstacle à la validité de la disposition faite par le frère ou la sœur, avec charge de restitution.

Car, sa présence n'empêche pas que les frères et sœurs du défunt soient appelés à la succession. (Art. 757.)

Et si l'on objectait qu'il est bien pourtant, lui! un *enfant*, et que l'article 1049 subordonne la validité de la substitution à la condition du décès du substituant *sans enfants* (art. 1049);

Nous répondrions :

1° Que, précisément, dans cette matière des substitutions, le mot : *enfants*, a toujours été entendu seulement des *enfants légitimes* (comp. art. 23 du tit. I *de l'Ordonn.*

de 1747), et que tout annonce que tel est aussi le sens, que nos textes nouveaux lui ont conservé;

2° Que si l'existence d'un enfant naturel, à l'époque de la mort du frère ou de la sœur disposant, était une cause de nullité de la substitution, il s'ensuivrait que cette nullité profiterait non-seulement à son enfant naturel, mais encore à ses parents collatéraux! or, nous croyons, avec nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, qu'un tel résultat dépasserait l'intention présumable du législateur (sur Zachariæ, t. IV, p. 48; comp. Cass., 21 juin 1815, Guy-Chartraire, D., 1815, I, 434; Coin-Delisle, art. 1049, n° 9; Rolland de Villargues, *loc. supra cit.*; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 361, note *a*; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 191; Troplong, t. IV, n° 2216-2218; Colmet de Santerre, t. IV, n° 219 *bis*, IV; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 297).

418. — Le disposant peut grever de restitution soit *un ou plusieurs de ses enfants*, soit *un ou plusieurs de ses frères ou sœurs* (art. 1048, 1049).

C'est ainsi que, dans le cas où il a deux ou plusieurs enfants, il peut répartir, également ou inégalement, entre eux, par préciput, la quotité disponible, sous cette charge.

De même que, s'il n'y a qu'un enfant, il peut, en lui laissant sa quotité disponible, y imposer la charge de restitution.

La libéralité avec charge de rendre peut d'ailleurs être faite à la fille comme au fils, à la sœur comme au frère, quoiqu'elle soit, dans l'usage, plus habituellement faite aux fils ou aux frères (comp. Angers, 12 août 1852, Perrault, Dev., 1852, II, 538).

419. — Des termes de l'article 1049, on doit conclure qu'il suffit, pour que la disposition soit valable, que le frère ou la sœur disposant n'ait pas d'enfants, au moment de sa mort, lors même qu'il en aurait eu, au moment où il a fait la disposition soit par testament, soit par donation entre-vifs.

L'inexistence d'enfants est ici, non pas une condition de capacité personnelle, mais plutôt une condition de disponibilité réelle (comp. *infra*, n° 434; le tome I de ce *Traité*, n° 555; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 152).

420. — Il semblerait logique d'en conclure que les enfants, laissés par le frère ou la sœur, ne doivent faire obstacle à la validité de la disposition qu'en leur qualité d'héritiers, et que cet obstacle, par conséquent, doit disparaître, s'ils renoncent à sa succession, ou s'ils en sont exclus comme indignes (comp. le tome II, n° 41; Vazeille, art. 1049, n° 4).

Nous devons ajouter, pourtant, que la doctrine contraire est généralement enseignée : « l'article 1049, « dit Coin-Delisle, ne confère pas des droits successifs « aux enfants du disposant; il fait seulement de leur « existence, au décès de leur père, une condition d'inef- « ficacité de la disposition. » (Art. 1049, n° 9; comp. Troplong, t. IV, n° 2220; Dalloz, *Rec. alphab.*, *h. v.*, n° 300; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 191; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1727.)

Cette raison pourrait bien ne point paraître concluante; car, si l'article 1049 ne confère pas de droits successifs aux enfants du disposant, ce qu'il était fort inutile de faire! c'est certainement dans l'intérêt de leurs droits successifs, qu'il déclare nulle la disposition, et avec la pensée qu'ils profiteront de cette nullité.

Et, toutefois, en cette matière de droit rigoureux, nous ne sommes pas surpris que l'on s'attache à la lettre de la loi, pour déclarer nulle la substitution, dans le cas même où l'enfant laissé par le disposant renonce; car, il est vrai de dire alors, avec le texte, qu'il n'est pas *mort sans enfants!*

421. — Quelques jurisconsultes ont déduit, de ces termes de l'article 1049, une conséquence singulière, à savoir : que, si le disposant n'avait pas d'enfant, à l'époque où il a fait à son frère ou à sa sœur une donation

entre-vifs, avec charge de restitution au profit de ses neveux et nièces, cette donation ne serait pas révoquée par la survenance d'un enfant, et qu'elle serait définitivement valable si, à l'époque de sa mort, cet enfant n'existait plus! (Comp. Toullier, t. III, n° 797; Taulier, t. IV, p. 194.)

Conséquence très-singulière, en effet, qui a été généralement rejetée, et que désavoue aussi le savant annotateur de Toullier, M. Duvergier. (*H. l.*, note *c;* comp. Saintespès-Lescot, t. V, n° 1728.)

Les termes de l'article 960 sont absolus; et il serait étrange que cette donation entre-vifs, qui aurait été révoquée, si elle avait été faite par le frère à son frère, sans charge de restitution, ne fût pas révoquée, parce qu'elle aurait été faite avec cette charge!

L'esprit de notre loi n'est pas de favoriser à ce point les substitutions, même celles-là, qui sont permises.

Par ces mots de l'article 1049 : *en cas de mort sans enfants*, le législateur a supposé le cas où le disposant avait des enfants, à l'époque de la donation; et c'est pour cette hypothèse seulement, qu'il décide que la substitution sera valable, si ces enfants n'existent plus, à l'époque de sa mort.

422. — Quant aux appelés, il faut qu'ils soient les enfants du donataire ou du légataire grevé.

Cette condition dérive du caractère même de cette disposition; aussi, y est-elle essentielle! et la disposition tout entière serait nulle, si elle avait été faite, en même temps qu'au profit des enfants du grevé, au profit des enfants d'un tiers; comme, par exemple, si un frère, disposant au profit de l'un de ses frères, l'avait chargé de rendre les biens non-seulement à ses enfants à lui, mais encore aux enfants d'un autre frère encore existant ou même déjà prédécédé (comp. *infra*, n° 432; Cass., 27 juin 1811, Drion, Sirey, 1811, I, 316; Troplong, t. IV, n° 2224; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 38).

423. — Il est bien entendu, au reste, qu'il ne s'agit que des enfants légitimes ou légitimés du grevé; et que la charge de rendre ne pourrait pas lui être imposée au profit de ses enfants naturels; car, même après avoir été légalement reconnus, ces enfants ne se rattachent par aucun lien civil, aux parents de leurs père et mère (art. 756; comp. *supra*, n° 412; notre *Traité des Successions*, t. II, n° 13; Cass., 21 juin 1815, Chartaire de Montréal, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n°s 304, 305; Caen, 2 déc. 1847, Soynard, Dev., 1849, II, 193).

424. — La même solution est applicable aux enfants adoptifs, qui n'entrent pas non plus dans la famille de l'adoptant; d'où il suit que le père ni le frère de l'adoptant ne pourrait faire une disposition à son profit, en lui imposant la charge de rendre les biens à l'adopté (art. 349, 350; comp. *supra*, n° 416; notre *Traité de l'Adoption*, n° 146).

425. — Aux termes de l'article 1050 :

« Les dispositions permises par les deux articles pré-
« cédents, ne seront valables qu'autant que la charge
« de restitution sera au profit de tous les enfants nés
« ou à naître du grevé, sans exception ni préférence
« d'âge ou de sexe. »

Il ne s'agit pas, en effet, de fournir au disposant le moyen de faire revivre les droits d'aînesse et de masculinité, ni tout ce cortége de priviléges, qui accompagnait les anciennes substitutions; bien au contraire! c'est afin d'en proscrire le retour que les substitutions sont aujourd'hui prohibées!

Tout autre est le but de la disposition permise par nos articles! destinée à favoriser la pieuse sollicitude d'un père ou d'un frère pour l'avenir de ses petits-enfants ou de ses neveux, elle ne saurait comporter ni exclusion ni préférence! aussi, ne se propose-t-elle pas, en réalité, de changer l'ordre légal des successions, mais plutôt de le maintenir, en assurant aux enfants du

grevé la transmission des biens, qui ne leur fussent point peut-être parvenus, si on les avait laissés de libre disposition dans ses mains; et, par conséquent, cette substitution doit observer elle-même la grande règle d'égalité, qui est la base du nouveau régime héréditaire, dont elle est, en quelque sorte, l'un des *contre-forts* (comp. *supra*, n° 408).

426. — D'où il suit que la disposition tout entière serait nulle, si le disposant en avait, explicitement ou implicitement, exclu les enfants à naître, en ne la faisant qu'*au profit des enfants actuellement nés*. (Comp. Cass., 11 mars 1807, Hardy, Sirey, 1807, I, 193.)

Ce n'est là d'ailleurs qu'une question d'interprétation.

Ce que nous pouvons dire, en thèse générale, c'est que, pour que l'on reconnaisse que le disposant a entendu comprendre dans sa disposition tous les enfants nés et à naître, il n'est pas nécessaire qu'il ait employé les termes mêmes de nos articles (1048, 1049, 1050); il suffit qu'il résulte clairement de l'ensemble de l'acte qu'il n'a entendu exclure aucun des enfants du grevé.

C'est ainsi que l'on pourrait considérer comme faite en faveur de tous ses enfants, la disposition par laquelle le grevé aurait été chargé de rendre les biens *à ses héritiers*. (Comp. Cass., 5 févr. 1835, Leharivel, Dev., 1835, I, 87; Merlin, *Répert.*, v° *Substitut fidei-comm.*, sect. v, § 1, n° 3; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 192, 193.)

427. — Si un même acte contenait deux substitutions distinctes, dont l'une aurait été faite seulement au profit des *enfants déjà nés* du grevé, et l'autre *au profit des enfants nés et à naître*, rien ne s'opposerait à ce que la seconde fût valable, quoique la première fût nulle, en supposant, comme nous le faisons, que l'on reconnût qu'elles sont, en effet, distinctes et indépendantes l'une de l'autre (comp. L. 25, ff. *ad Senatusc. Trebell.*; Cass., 7 déc. 1826, Pinatel, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 312; Cass., 9 juill. 1851, Philippon, D., 1851, I, 187; Thévenot,

des Substitutions, chap. LXVII; Rolland de Villargues, n° 17; Anc elot, sur Grenier, t. III, n° 361, note *a*).

428. — C'est afin de maintenir, de plus en plus, cette égalité, qui est ici particulièrement l'objet de sa préoccupation, que le législateur a édicté l'article 1051, en ces termes :

« Si, dans les cas ci-dessus, le grevé de restitution au « profit de ses enfants meurt, laissant des enfants au « premier degré et des descendants d'un enfant prédé- « cédé, ces derniers recueilleront, par représentation, la « portion de l'enfant prédécédé. »

Ainsi Paul, ayant été grevé de restitution au profit de ses enfants nés et à naître, meurt, laissant un fils et un petit-fils d'un fils prédécédé; le petit-fils représentera son père, à l'effet de recueillir, par moitié, avec son oncle, le bénéfice de la substitution.

Mais comment donc?

La substitution ne peut être faite qu'au profit des enfants du grevé, *au premier degré seulement* (*infra*, n° 430); or, le petit-fils est au second degré; et, par conséquent, il n'est pas appelé; il n'est pas compris lui-même dans la disposition, comme donataire ni comme légataire.

Cela est évident; aussi, est-ce par représentation, que notre article 1051 lui défère le bénéfice de la substitution.

Par représentation! mais voici bien une autre objection vraiment; c'est que la représentation n'a pas lieu dans les dispositions à titre gratuit, qui sont essentiellement personnelles, et ne peuvent être acquises que par celui, qui en était le bénéficiaire (art. 1039; *supra*, n° 300).

Il n'y a rien à répondre!

Aussi, l'Ordonnance de 1747 déclarait-elle que :

« *Ceux qui sont appelés à une substitution, et dont le* « *droit n'aura pas été ouvert avant leur décès, ne pour-* « *ront, en aucun cas, être censés en avoir transmis l'espé-* « *rance à leurs enfants ou descendants....* » (Tit. I, art. 20.)

Et l'article 21 ajoutait que « *La représentation n'aura « point lieu dans les substitutions, soit en directe ou en col- « latérale, et soit que ceux, en faveur de qui la substitu- « tion aura été faite, y aient été appelés collectivement, ou « qu'ils aient été désignés en particulier, et nommés suivant « l'ordre de la parenté, qu'ils avaient avec l'auteur de la « substitution; le tout, à moins qu'il n'ait ordonné, par « une disposition expresse, que la représentation y aurait « lieu, et que la substitution serait déférée suivant l'ordre « des successions légitimes.* »

D'où il suit que, d'après l'Ordonnance, la représentation, en effet, n'avait lieu : ni dans le cas où le grevé laissait des descendants en des degrés inégaux, comme, dans notre exemple, un fils et un petit-fils; ni dans le cas où il laissait des descendants en des degrés égaux, comme si la substitution n'ayant été faite qu'au profit de ses enfants, il ne laissait que des petits-enfants.

Ces deux déductions étaient, il faut bien le reconnaître, également conformes aux principes.

Pourtant, notre Code n'a pas admis la première; et l'article 1051 a été même fait tout exprès pour la rejeter!

Mais l'explication en est facile; et nous l'avons déjà fournie d'avance.

C'est que la pensée, qui a inspiré nos substitutions permises, est tout autre que celle sur laquelle reposaient les anciennes substitutions fideicommissaires.

Un appelé de moins à la substitution! c'était, si j'osais dire ainsi, pour notre ancien Droit, une bonne chance, et qui favorisait son dessein d'en concentrer le bénéfice sur le plus petit nombre de têtes possible;

Tandis que le législateur moderne voulant, au contraire, que le bénéfice de la substitution se répartisse également entre les appelés, à l'instar de leur vocation ab intestat, a dû vouloir aussi que les petits-enfants vinssent, dans les substitutions, comme dans les succes-

sions ab intestat, recueillir, par représentation, la part de leur auteur prédécédé !

L'article 21 de l'Ordonnance de 1747 admettait lui-même, comme on vient de le voir, que la représentation devait avoir lieu dans les substitutions, lorsque le disposant avait ordonné *qu'elles fussent deférées suivant l'ordre des successions légitimes ;*

Or, dans notre Code, c'est toujours d'après cet ordre, que la substitution permise doit être déférée;

Donc, le législateur nouveau a été conséquent avec lui-même, en supposant, de plein droit, de la part du disposant, la volonté que la substitution fût ainsi déférée ; il ne s'est écarté de l'Ordonnance qu'en ce sens seulement que ce qui n'était autrefois que l'exception, est aujourd'hui devenu la règle.

429. — Mais supposons que tous les enfants, au premier degré, du grevé, viennent à mourir avant lui, laissant eux-mêmes des enfants, ceux-ci, les petits-enfants, au second degré, pourront-ils recueillir le bénéfice de la substitution ?

Quoique certains auteurs l'aient enseigné ainsi (Malleville, art. 1051 ; Delvincourt, t. II, p. 104, note 6 ; Vazeille, art. 1051, n° 2);

La négative nous paraît certaine :

A quel titre, en effet, les petits-enfants du grevé viendraient-ils ?

De leur chef, et comme appelés eux-mêmes ? cela est impossible; car, ils ne sont ni donataires, ni légataires du disposant ; et ils ne peuvent pas l'être ! (*Infra*, n° 430.)

Par représentation des appelés prédécédés ? mais l'impossibilité n'est pas moindre !

La règle est que la représentation n'a pas lieu dans les dispositions à titre gratuit ; et, par conséquent, la substitution s'éteint par le décès, avant le grevé, de ceux qui seuls lui avaient été personnellement substitués ; tel était, comme nous venons de le voir, le Droit de l'Ordonnance

de 1747 *supra*, n° 429); et tel est encore notre Droit nouveau;

Or, l'article 1051 n'y déroge que pour le cas où le grevé meurt, laissant *des enfants au premier degré et des descendants d'un enfant prédécédé ;*

Donc, la règle reprend son empire, en dehors de ce cas, et lorsque le grevé ne laisse pas *des enfants au premier degré,* mais seulement *des descendants d'un enfant prédécédé.*

C'est que les deux hypothèses sont très-différentes; et il est facile de comprendre que la loi ait fait pour la première seulement, l'exception, qu'elle n'a pas faite pour la seconde:

Dans la première, qui est celle de l'article 1051, la substitution a son effet; les biens ont été inaliénables dans les mains du grevé; et alors, dans l'intérêt de l'égalité, le législateur a voulu que les petits-enfants fussent admis, par représentation de leur auteur, au bénéfice de la substitution, que la survie de l'un des appelés a sauvée de la caducité.

Mais tout autre est la seconde hypothèse, où la substitution s'est éteinte par le prédécès de tous les appelés! elle s'est éteinte; et il y aurait, alors, à empêcher cette extinction, contrairement aux principes, un grand dommage pour les tiers et pour la société, puisque les biens substitués, qui sont désormais à considérer comme ayant été de libre disposition dans les mains du grevé, seraient ainsi rendus rétroactivement inaliénables.

Ajoutons que la règle de l'égalité entre les enfants est elle-même, dans ce cas, hors de cause, puisque, en effet, les enfants se trouvent tous, relativement aux biens qui étaient substitués, de même condition, et qu'ils n'y pourront tous avoir droit que comme héritiers de celui qui était grevé (comp. Rouen, 28 juin 1848, Trannoy, Dev., 1849, II, 181; Toullier, t. III, n° 726; Grenier, t. III, n° 161; Duranton, t. IX, n° 548; Rolland de Villargues,

Répert. du Notariat, v° *Substitution*, n° 129; Poujol, art. 1051, n° 3; Coin-Delisle, art. 1048 1051, n°s 4, 5; Taulier, t. IV, p. 194; Marcadé, art. 1051; Troplong, t. IV, n° 2222; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 58; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 315; Colmet de Santerre, t. IV, n° 210, *bis*, II; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1735.)

450. — Nous avons annoncé déjà que la charge de restitution ne peut être imposée qu'au profit des *enfants nés et à naître du grevé, au premier degré seulement* (*supra*, n° 429).

Tels sont les termes des articles 1048 et 1049, d'où il résulte certainement, à notre avis, qu'il faut que les appelés soient les enfants mêmes du grevé, au premier degré de parenté.

Nous devons dire, toutefois, que, d'après une autre interprétation, qui est appuyée par d'imposants suffrages, ces mots : *au premier degré seulement*, devraient être entendus comme synonymes de ceux-ci : *au degré le plus proche*.

D'où l'on déduit cette double conséquence :

D'une part (ce qui est très-exact), qu'il n'est pas permis de faire une substitution, *omisso medio*, c'est-à-dire d'omettre les enfants du grevé pour appeler ses petits-enfants;

Et, d'autre part, qu'il est permis à un père ou à un frère, en disposant au profit de son fils ou de son frère, dont les enfants seraient prédécédés, laissant eux-mêmes des enfants, de le grever de restitution au profit de ces derniers (comp. Delvincourt, t. II, p. 104, note 6; Duranton, t. IX, n° 526; Vazeille, art. 1048, n° 4; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 726, note 3; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 293; Taulier, t. IV, p. 192, 193; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 39).

Mais cette interprétation nous paraît méconnaître le sens grammatical de ces mots : *au premier degré seulement*,

qui, rapprochés de ceux-ci : *les enfants à naître*, expriment nettement le premier degré *de parenté*, et que les appelés doivent être les enfants du grevé, et, par conséquent, les PETITS-ENFANTS DU DONATEUR OU TESTATEUR OU LES ENFANTS DE SES FRÈRES OU SOEURS; ce sont là les termes mêmes de l'intitulé de notre chapitre; on peut en trouver une preuve nouvelle, et non moins décisive, dans l'article 1051, qui met en présence *des enfants au premier degré* du grevé, *et des descendants d'un enfant prédécédé.*

Voilà le texte! et nous croyons que l'argument, qui en résulte, est tranchant!

En vain on objecte que le bas âge des appelés, à la différence de celui du grevé, ne saurait prolonger la durée de la substitution, et qu'il n'y a pas, pour empêcher que l'appelé soit un petit-fils ou un petit-neveu du disposant, le même motif qui existe pour empêcher que le grevé soit son petit-fils ou son petit-neveu. (*Supra*, nº 411.)

On peut répondre que le bas âge de l'appelé rend, du moins, plus vraisemblable sa survie au grevé, et, par conséquent, l'ouverture de la substitution, et, avec elle, la résolution des droits conférés par le grevé aux tiers sur les biens substitués; or, cette considération a pu être d'un certain poids, aux yeux du législateur.

M. Duvergier (*loc. supra cit.*) a déduit aussi, en faveur de la doctrine contraire, un argument de la discussion, qui a eu lieu, dans les Chambres législatives, lors de la loi du 17 mai 1826, et où l'on voit, en effet, que le Garde des sceaux a déclaré que les degrés de substitution devaient, sous le Code Napoléon, comme sous l'Ordonnance de 1747, se compter par têtes et non par générations (comp. *Rec. des lois* de Duvergier, 1826).

Mais ce n'était là qu'une opinion individuelle; et nous ajouterons qu'elle saurait d'autant moins faire autorité, que l'orateur n'était évidemment pas dans le vrai, lors-

qu'il a avancé que, *depuis la promulgation du Code, aucune difficulté ne s'était élevée sur ce point* (comp. Toullier, t. III, n° 726; Coin-Delisle, art. 1048, n° 4; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 361, note *a;* Troplong, t. IV, n° 2222; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 191; Colmet de Santerre, t. IV, n° 209 *bis*, VI).

431. — Ce qui est certain, d'ailleurs, et généralement reconnu, c'est qu'il n'est pas permis d'établir deux degrés de restitution, c'est-à-dire de créer ce qu'on appelait autrefois *des substitutions graduelles,* par l'effet desquelles le premier appelé se trouvait lui-même jouer le rôle de grevé envers un second appelé, etc. (comp. le tome I, n° 71).

Ces mots de nos articles 1048, 1049 : *au premier degré seulement*, comportent également cette signification.

Il faudrait donc déclarer nulle la disposition, par laquelle un père ou un frère, en chargeant de restitution son fils ou son frère, au profit de ses petits-enfants ou de ses neveux, aurait imposé la même charge à ses petits-enfants ou à ses neveux, au profit de ses arrière-petits-enfants ou de ses petits-neveux.

432. — Il faudrait, disons-nous, déclarer nulle la disposition tout entière.

Telle est, en effet, la sanction des diverses conditions, que nous venons d'exposer en ce qui concerne les personnes, par lesquelles et au profit desquelles la substitution officieuse est permise.

Cette sanction, c'est la nullité de toute la disposition, par application de l'article 896; et rien n'est plus logique!

La règle générale, en effet, c'est que la substitution, lorsqu'elle est prohibée, est considérée comme indivisible et doit tomber tout entière;

Or, la substitution, qui est faite en dehors de l'une des conditions, sous lesquelles seulement elle est permise,

devient une substitution prohibée (art. 896, 897, 1048, 1049);

Donc, c'est la disposition tout entière, qui doit tomber.

Cette conclusion est généralement admise; c'est ainsi que l'on reconnaît, par exemple, qu'il faudrait déclarer tout à fait nulle la disposition, par laquelle le fils ou le frère du disposant aurait été grevé de restitution non-seulement au profit de ses enfants, mais encore au profit des enfants d'un tiers (*supra*, n° 422).

Et néanmoins, quelques jurisconsultes, tout en admettant la règle, ont entrepris d'excepter l'hypothèse même, qui nous a servi de transition pour établir cette règle (*supra*, n° 431), c'est-à-dire celle où la charge de rendre aurait été imposée à deux degrés, c'est-à-dire non-seulement aux enfants, mais encore aux petits-enfants du grevé; ces jurisconsultes enseignent qu'il faudrait alors appliquer la maxime : *utile per inutile non vitiatur*, et déclarer la substitution valable, en la restreingnant au premier degré seulement (comp. Toullier, t. III, n° 729; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 359, note *a*).

Mais, précisément, l'article 896 a été fait pour écarter l'application de cette maxime à la matière des substitutions (comp. le tome I, n° 174; Cass., 27 juin 1811, Drion, Sirey, 1811, I, 316; Caen, 2 décembre 1847, Soynard, Dev., 1849, II, 193; Duranton, t. VIII, n° 31, et t. IX, n°s 524 et 531; Coin-Delisle, art. 1048, n° 16; Vazeille, art. 1051; Troplong, t. IV, n° 2225; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 191; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 40; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 303).

433. — B. Quant aux biens, la substitution permise ne peut comprendre que *ceux dont les père et mère ont la faculté de disposer* (art. 1048, 913, 914); et s'il s'agit d'un frère ou d'une sœur, que *ceux qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession* (art. 1049, 915).

Mais, d'ailleurs, si tous les biens du donateur ou testateur sont disponibles, ils peuvent tous y être compris; et voilà comment le frère ou la sœur, qui meurt sans enfants et sans ascendants, est libre, en disposant au profit de son frère ou de sa sœur, de le charger de rendre la totalité de ses biens à ses neveux ou nièces.

Rien ne s'oppose non plus à ce que le substituant, en disposant de la nue propriété au profit du grevé, dispose de l'usufruit au profit d'un tiers, suivant le droit commun (art. 899; comp. Cass., 7 février 1831, Rouget, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 307).

434. — Il est tout simple que la réserve des descendants ou des ascendants ne puisse pas être grevée de la charge de restitution (comp. *supra*, n° 403).

Mais n'en concluons pas que, si la disposition faite avec charge de restitution, dépassait la quotité disponible, elle devrait être déclarée nulle pour le tout!

Ce qui en résulterait seulement, c'est une action en réduction au profit de l'héritier réservataire, afin d'obtenir que sa réserve fût affranchie de cette charge.

Tel est le droit commun, lorsque les dispositions à titre gratuit excèdent la quotité disponible (art. 920); et il n'y a pas de raison pour ne pas l'appliquer aux dispositions faites avec charge de restitution, aussi bien qu'aux dispositions pures et simples (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 190; *supra*, n° 419; Duranton, t. IX, n° 533; Troplong, t. IV, n° 2236; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 40).

435. — On a mis en question si le disposant pourrait, en donnant entre-vifs ou en léguant la quotité disponible à son unique enfant, ou à l'un de ses enfants par préciput, lui imposer la charge de rendre, non-seulement la quotité disponible, mais encore sa réserve, à ses enfants nés et à naître.

Et quelques jurisconsultes ont répondu qu'une pareille condition est valable, même dans une donation entre-vifs!

c'est ainsi que Toullier (t. III, n° 732), et Grenier (t. III, n° 341) enseignent que l'acceptation d'une seconde donation entre-vifs, faite sous la condition que les biens compris dans une première donation pure et simple, seront grevés de la charge de restitution, est, dans tous les cas, obligatoire pour l'enfant donataire; à ce point qu'il ne pourra pas réclamer sa réserve sur ces biens, lors même qu'ils seraient nécessaires pour la former.

Mais est-ce que la réserve n'est pas un droit de succession? et, dès lors, toute renonciation que l'enfant pourrait y faire, avant l'ouverture de la succession, n'est-elle pas impossible!

Évidemment oui! (Art. 791, 1130, 1600.)

C'est bien là ce que reconnaissent d'autres jurisconsultes, qui professent, en effet, qu'une telle condition est nulle, si elle a été insérée dans une donation entre-vifs.

Mais ils ajoutent que la condition est valable, « *quand la libéralité est faite par testament, parce que, au moment de l'acceptation du legs, le grevé a le droit de disposer et dispose, en effet, de sa légitime, qui est tombée dans ses biens.* » Tels sont les termes de Coin-Delisle, qui conclut en disant que *cette doctrine est sûre.* (Art. 1048, n° 14, et art. 1053, n° 1; comp. Paris, 11 févr. 1813, Dupuis, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 330; Delvincourt, t. II, p. 104, note 4; Rolland de Villargues, *Répert.* de Favard, v° *Substitution*, chap. II, sect. II, § 1, n° 16; Poujol, art. 1052, n° 4; Vazeille, art. 1052, n° 1; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 364, note *a*.)

Il s'en faut bien, suivant nous; et cette doctrine nous paraît, au contraire, tout à fait inexacte.

Nous avons examiné déjà la question de savoir si on peut, en disposant de la portion disponible au profit de son héritier, imposer une charge à la réserve.

Et nous avons répondu par une distinction, qui est, à notre avis, toujours vraie :

Oui, s'il ne s'agit, pour l'héritier réservataire, que de renoncer à un droit établi dans son intérêt privé;

Non, si la condition lui impose l'obligation de renoncer à un droit établi dans un intérêt public (*voy.* le tome I, n° 278);

Or, tout ce qui touche à la matière des substitutions, se rattache à un intérêt public; et c'est notamment à ce point de vue qu'il faut se placer, pour savoir quelle est la quotité de biens, qui peut être grevée de la charge de restitution;

Donc, les parties ne peuvent, ni par donation entre-vifs, ni même par testament, y soumettre une quotité de biens plus grande que celle que la loi permet seulement d'y soumettre; et comme notre loi n'autorise la charge de restitution que sur les biens disponibles, il faut tenir pour contraire à l'ordre public, et, par conséquent, pour non écrite, toute condition qui tendrait à étendre cette charge aux biens indisponibles (L. 32, Cod., *De innoffic. testamento*; art. 900; comp. le tome I précité, n° 283; Duranton, t. IX, n°s 532-533; Cass., 14 juin 1836; Cazalot, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 326; Ricard, *Des donations*, Part. III, n°s 1128 et suiv.; Troplong, t. IV, n°s 2233-2234; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 40; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1730).

436. — Mais que faudrait-il décider, si c'était sous la forme d'une clause pénale, que le testateur eût grevé la réserve de la charge de restitution?

Nous répondons encore, malgré le dissentiment de MM. Coin-Delisle (art. 1048, n° 1), et Saintespès-Lescot (t. V, n° 1731), que la clause pénale serait nulle, comme la disposition principale, et par le même motif (comp. le tome I précité, n° 187).

437. — C'est encore par ce motif que nous pensons, contrairement à la doctrine de M. Ancelot (sur Grenier, t. III, n° 364, note *a*), que l'enfant donataire ou légataire, ne pourrait pas, au moyen d'un acquiescement ou

d'une ratification quelconque, renoncer au droit qui lui appartient de demander la réduction de la substitution, qui comprendrait les biens formant la réserve (comp. le t. I précité, n° 186).

438. — La disposition avec charge de restitution peut comprendre toute espèce de biens : les meubles comme les immeubles, les biens incorporels, comme les biens corporels (Ordonn. de 1747, tit. I, art. 2 et suiv.; Thévenot sur l'art. 2; Merlin, Répert., v° *Substitution fidéicommissaire*, sect. VI, § 1, art. 111, n° 3; *voy.* toutefois *infra*, n° 500).

439. — De même qu'elle peut être faite : soit à titre particulier, d'un ou de plusieurs biens déterminément; soit à titre universel, de l'universalité entière des biens ou d'une quote-part de l'universalité (comp. le tome I, n° 72; ordonn. de 1747, tit. I, art. 4-5; Pothier, *des Substitutions*, sect. IV, art. 1 et 2).

440. — Le donateur ou testateur, qui fait une libéralité à son enfant ou à son frère, peut-il lui imposer la charge de rendre à ses enfants nés et à naître, un bien qui n'y est pas compris, et qui appartient déjà, en vertu d'une autre cause, au donataire ou au légataire?

Question, que nous allons examiner bientôt, sur l'article 1052, où se trouve plus naturellement sa place. (*Infra*, n° 452.)

441. — C. — La substitution permise constitue une disposition à titre gratuit.

C'est dire qu'elle ne peut être faite que par donation entre-vifs, ou par testament, puisque ce sont là les deux seuls modes de disposer à titre gratuit, que notre Code reconnaît (art. 893); aussi, est-ce dans le titre *des Donations entre-vifs et des Testaments*, qu'il en a posé les règles.

Il faut donc y observer *les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et pour les testaments* (art. 1075); sauf les exceptions que comporte le caractère particulier de cette disposition.

C'est ce que Pothier exprimait en disant que « la nature des substitutions suit la nature de l'acte, qui les contient; que la substitution portée par un testament, est une disposition testamentaire; et que celle portée par une donation entre-vifs, suit la nature des donations entre-vifs. » (*Des Substitutions*, sect. I, art. 2.)

442. — C'est ainsi que la substitution, lorsqu'elle est portée dans une donation entre-vifs, doit être acceptée expressément par le donataire, pour que le donateur soit engagé. (Art. 932-933; *voy.* toutefois art. 1087.)

Mais la substitution n'est pas faite seulement au profit du grevé, donataire en premier ordre; elle est faite aussi au profit des appelés, qui sont donataires en second ordre?

Rien ne s'oppose à ce que l'acceptation soit faite, soit par les appelés eux-mêmes s'ils sont majeurs, soit en leur nom, par leurs tuteurs, ou par leurs ascendants, s'ils sont mineurs ou simplement conçus (art. 461, 935).

Mais comment exiger l'acceptation des appelés, qui ne sont pas même encore conçus!

L'objection était grave; et Pothier nous apprend, en effet, que « avant l'Ordonnance de 1747, c'était une question si le donateur pouvait, par une convention avec le donataire, le décharger, en tout ou en partie, de la substitution, sans le consentement du substitué; puisque le substitué n'avait point été porté à l'acte de donation.... » (*Des Substitutions*, sect. I, art. 2.)

Cette question fut toutefois tranchée par l'article 2 du titre II de l'Ordonnance, en ces termes :

« Les substitutions faites par un contrat de mariage, ou par une donation entre-vifs, bien et dûment acceptée, ne pourront être révoquées ni les clauses d'icelles changées, augmentées ou diminuées par aucune convention ou disposition postérieure, même du consentement du donataire; et, en cas qu'il renonce à la donation faite

en sa faveur, la substitution sera ouverte au profit de ceux qui y auront été appelés. »

Et, pour expliquer cet article, nos anciens disaient que ce n'est pas le consentement mutuel du donateur et du grevé, qui a créé le droit de l'appelé; puisque, s'il en était ainsi, leur mutuel dissentiment pourrait le détruire; que, en effet, le grevé n'a pas pu stipuler pour l'appelé, d'après la maxime : *alteri stipulari nemo potest;* et ils ajoutaient que « *c'est le quasi-contrat, que la loi forme entre le donataire et le substitué, qui produit l'engagement, qui oblige le donataire envers ce dernier.* » (Pothier, *loc. supra cit.*)

L'explication est, comme on voit, laborieuse! et la vérité est qu'il est difficile d'expliquer, logiquement, ce phénomène juridique d'un droit, dès maintenant acquis à des enfants, qui ne sont pas même encore conçus, et qui leur est acquis de façon à ne pouvoir leur être enlevé désormais par personne! (Art. 906; comp. le tome Ier, n° 577.)

Aussi, croyons-nous que ce qu'il y a de mieux à faire, c'est de reconnaître ici la souveraine puissance de la loi, qui, afin d'atteindre le but éminemment utile qu'elle se propose, a employé le moyen éminemment exceptionnel, qui y était indispensable!

Et c'est parce qu'il est indispensable, qu'il ne faut pas hésiter, malgré le dissentiment de Delvincourt (t. II, p. 403), à dire que nos textes nouveaux l'ont conservé (art. 1048, 1049); et que, en conséquence, par exception au principe posé dans l'article 1121, le donateur et le donataire ne pourraient pas plus aujourd'hui qu'ils ne l'auraient pu, sous l'ancienne Ordonnance, détruire ou modifier, au préjudice des appelés, la substitution une fois faite entre eux, par donation entre-vifs (comp. le t. VI de ce *Traité,* n° 288; Toullier, t. III, n° 737; Grenier, t. III, n° 362; Duranton, t. IX, n° 550; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 192; Aubry et Rau, t. VI, p. 41).

442 *bis.* — Il est vrai que cette conséquence pourra quelquefois paraître rigoureuse; comme s'il est arrivé que l'enfant, qui était dissipateur, à l'époque où son père lui a fait la donation avec charge de rendre, est ensuite devenu, par l'effet de l'âge et de l'expérience, un homme sage et prévoyant. Nous avons vu cet exemple, et le père lui-même, en effet, souhaitant de pouvoir délier son fils des entraves de la substitution, qu'il lui avait imposée, et de le relever, devant le public et devant ses propres enfants, de l'espèce de discrédit moral, qui accompagne toujours, plus ou moins, une disposition ainsi faite.

Mais la donation entre-vifs est irrévocable; elle l'est tout entière et dans toutes ses parties!

Et, malgré quelques inconvénients, ce principe n'en a pas moins d'incontestables avantages, dans cette matière spéciale.

443. — De notre règle que la substitution faite par donation entre-vifs doit suivre la nature de la donation entre-vifs, il résulte encore qu'elle ne peut avoir pour objet que les biens présents (art. 943, 1076; *voy.* toutefois, art. 1082, 1093).

444. — C'est également dans cette règle qu'il faut trouver la réponse à la question, que Pothier posait en ces termes : *En quel temps pouvons-nous grever quelqu'un de substitution?* (Sect. IV, art. 2, § 5.)

Il est clair, en effet, que la charge de restitution, pour être valable, doit être imposée dans l'acte même de donation entre-vifs, tel qu'il est accepté par le donataire!

A ce point qu'elle ne pourrait y être ajoutée, après coup, ni par le donateur seul; ni par le donataire seul; ni par le donateur et par le donataire ensemble et d'accord.

Dès que, en effet, la donation entre-vifs est parfaite, le donateur est irrévocablement dessaisi de la propriété du

bien donné, et le donataire en est irrévocablement saisi (art. 894, 1938).

Donc le donateur ne peut désormais imposer une condition à la propriété de ce bien, qui a cessé de lui appartenir.

Le donataire, devenu propriétaire incommutable, sans charge de restitution, ne peut évidemment pas non plus se grever, par sa seule volonté, de cette charge.

Et, quant à un accord entre le donateur et le donataire, à l'effet de créer la substitution *ex intervallo*, il n'est pas moins impossible : soit parce qu'il n'est pas permis de stipuler pour autrui (art. 1119), et qu'un tel accord, dont le seul but serait de créer un droit au profit des appelés, constituerait une stipulation pour autrui; soit surtout, parce que la substitution étant une disposition exceptionnelle, qui crée des droits au profit d'enfants, qui ne sont pas encore conçus, ne saurait être admise que sous les conditions expressément déterminées par la loi; or, la loi admet bien la substitution comme la condition concomitante et constitutive d'une donation entre-vifs; elle ne l'admet pas, et vraiment, elle ne la pouvait pas admettre faite après coup, comme disposition principale, n'ayant pour objet que de modifier une donation antérieure pure et simple et irrévocablement accomplie! (Comp. art. 13, tit. I de l'Ordonnance de 1747.)

445. — Mais que faudrait-il décider, si la donation entre-vifs antérieure n'avait pas été pure et simple?

Supposons, par exemple, que le donateur s'y est réservé le droit d'imposer plus tard au donataire, s'il le juge à propos, la charge de restitution.

Il en serait de même! et c'est ce que portaient explicitement les articles 13 et 15 du titre Ier de l'Ordonnance de 1747, en ces termes :

« Les biens qui auront été donnés par un contrat de

mariage ou par une donation entre-vifs, sans aucune charge de substitution, ne pourront en être grevés par une donation ou disposition postérieure, encore qu'il s'agisse d'une donation faite par un père à ses enfants, que la substitution comprenne expressément les biens donnés, et qu'elle soit faite en faveur des enfants du donateur ou du donataire. »

L'article 15 ajoute « que le contenu à cet article sera exécuté, quand même le contrat de mariage ou la donation contiendrait une réserve faite par le donateur de charger, dans la suite, de substitution, les biens par lui donnés.... »

C'est que, en effet, une telle réserve, faite dans une donation entre-vifs, serait contraire au caractère d'irrévocabilité, qui la constitue essentiellement! (Art. 946.)

Et si elle y avait été faite, il faudrait dire qu'elle annule la donation, *parte in qua*, c'est-à-dire pour la partie, qui se trouverait atteinte de cette faculté de révocation.

D'où il suit que la donation devrait être considérée comme ayant été faite sous la condition résolutoire : *si le donataire laisse des enfants.*

Et, après cela, de deux choses l'une :

Ou le donataire ne laissera pas d'enfants ; et alors son droit, par la défaillance de la condition, sera réputé avoir été toujours incommutable ;

Ou il laissera des enfants ; et alors, par l'événement de la condition, son droit sera résolu, de telle sorte que le donateur sera réputé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire, sans qu'il y ait lieu d'examiner s'il a ou s'il n'a pas exercé la faculté, qu'il s'était réservée, de grever de substitution les biens qu'il avait donnés (comp. le tome III de ce *Traité*, nos 465 et suiv. ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 211 *bis*, III).

445 *bis*. — On vient de voir que l'article 13 de l'Ordonnance de 1747 défendait une telle réserve, non-seule-

ment dans les donations entre-vifs ordinaires, mais même dans les contrats de mariage.

Mais, pourtant, dans les contrats de mariage, la maxime : *donner et retenir ne vaut,* n'est pas aussi rigoureusement observée ; et le donateur peut, au contraire, se réserver *la faculté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens* (art. 1086).

Aussi Pothier remarquait-il qu'il aurait pu être permis à celui qui donne par contrat de mariage, de se réserver, par la donation, la faculté de charger de substitution les biens donnés ; et il se bornait à remarquer *qu'il a plu au législateur de déclarer nulles ces sortes de réserves.* (*Loc. supra cit.*)

Nous croyons que tel est encore notre Droit, et que ces réserves seraient aussi impossibles dans un contrat de mariage que dans une donation entre-vifs. Tout ce qui concerne les substitutions officieuses, est réglé par notre Chapitre, qui ne fait aucune distinction; et le législateur du Code, qui a emprunté l'article 1052 à l'ancienne Ordonnance (*infra*, nº 446), a sans doute entendu que le moyen, qu'il indique dans cet article, serait, en effet, le seul, par lequel on pourrait grever, *ex intervallo*, de la charge de restitution, des biens précédemment donnés sans cette charge.

446. — Nous arrivons, par cette transition toute naturelle, à l'article 1052, qui est ainsi conçu :

« Si l'enfant, le frère ou la sœur, auxquels des biens « auraient été donnés par acte entre-vifs, sans charge de « restitution, acceptent une nouvelle libéralité faite par « acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que « les biens précédemment donnés demeureront grevés de « cette charge, il ne leur est plus permis de diviser les « deux dispositions faites à leur profit, et de renoncer à « la seconde pour s'en tenir à la première, quand même « ils offriraient de rendre les biens compris dans la se« conde disposition. »

Cet article reproduit littéralement l'article 16 du titre I de l'Ordonnance de 1747.

Le législateur a compris qu'il était nécessaire de venir en aide au disposant, qui, après avoir fait une donation pure et simple à son enfant ou à son frère, reconnaîtrait en lui des habitudes de prodigalité et se repentirait de ne l'avoir pas grevé de la charge de restitution au profit de ses enfants nés et à naître; nous venons, en effet, de constater que les principes généraux du droit s'opposent à ce que le donateur puisse, après coup, ajouter cette charge à la donation antérieure (*supra*, n° 444); et voilà pourquoi il a fallu que le législateur lui en fournît exceptionnellement le moyen.

Mais, dira-t-on, est-ce que ce moyen lui-même constitue une exception? et n'est-il pas, au contraire, conforme aux principes généraux?

Ne pourrait-on pas, en effet, raisonner ainsi :

Ce qui s'oppose à ce que la charge de restitution puisse être imposée, *ex intervallo*, à la donation antérieure, c'est l'article 1119, qui porte que l'on ne peut, en général, stipuler que pour soi-même; car le donateur et le donataire, en ajoutant purement et simplement la charge de restitution à la donation antérieure dans le seul intérêt des enfants nés et à naître du donataire, stipuleraient pour autrui;

Or, précisément, l'article 1121 dispose que « l'on « peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est « la condition d'une stipulation que l'on fait pour « soi-même, ou d'une donation, que l'on fait à un « autre : »

Donc l'article 1052 ne fait qu'appliquer l'article 1121, en tant qu'il autorise le donateur à grever de la charge de restitution, au profit des enfants nés et à naître du donataire, les biens précédemment donnés, lorsque telle est la condition d'une nouvelle donation qu'il fait à ce donataire.

La réponse nous paraît très-simple :

Si, en effet, ce raisonnement était exact, il faudrait aussi en conclure que le donateur pourrait grever de la charge de restitution les biens précédemment donnés, lorsque telle serait la condition *d'une stipulation qu'il ferait pour lui-même;* et que, en conséquence, il pourrait, dans une convention à titre onéreux avec le donataire, dans une vente, par exemple, ou une transaction, lui imposer cette charge de restitution.

Car l'article 1121 apporte aussi cette exception à l'article 1119.

Mais une telle doctrine serait, à notre avis, entièrement inadmissible; et le texte de l'article 1052 est trop formel pour que l'on puisse autoriser la substitution, *ex intervallo*, autrement qu'au moyen *d'une nouvelle libéralité entre-vifs ou testamentaire;* ce qui est, d'ailleurs, très-logique! puisque cette addition constitue, dans tous les cas, en effet, une *libéralité*, et que toute libéralité doit être faite par donation entre-vifs ou par testament (*supra*, n° 441).

Ceci prouve qu'il ne faut pas espérer de fournir une explication tout à fait satisfaisante de l'article 1052, par la combinaison des articles 1119 et 1121.

La vérité est que l'article 1052 lui-même constitue une exception au droit commun, en autorisant le donateur et le donataire à créer un droit au profit d'enfants, qui peuvent n'être pas même encore conçus! (Comp. Furgole, sur l'art. 17 de l'Ordon. de 1747; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n°s 211 et 211 *bis*, II.)

447. — Mais, d'ailleurs, la charge de restitution peut être ajoutée, en tout ou en partie, à la donation antérieure, au moyen d'une nouvelle libéralité, soit par donation entre-vifs, soit par testament, sous la condition, bien entendu, que cette nouvelle libéralité émane du premier donateur; cela est d'évidence! (Comp. Du-

ranton, t. IX, n° 554; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 41.)

448. — Et il n'est pas nécessaire, pour que les biens compris dans la donation antérieure puissent être grevés de la charge de restitution, que les biens compris dans la nouvelle libéralité soient eux-mêmes soumis à cette charge; notre texte n'exige pas cette condition.

449. — Pas plus qu'il n'exige que la nouvelle libéralité soit d'une valeur égale ou supérieure à la première donation.

Il n'y a donc pas lieu de les comparer, sous ce rapport, l'une à l'autre.

Peu importe que la nouvelle libéralité soit relativement plus forte ou plus faible, et qu'elle soit même, considérée en soi et d'une manière absolue, très-peu considérable (comp. Coin-Delisle, art. 1052, n° 1; Troplong, t. IV, n° 2230).

Pourvu, toutefois, qu'elle puisse mériter le nom de *libéralité entre-vifs ou testamentaire;* car on ne saurait, à notre avis, admettre qu'une prétendue *donation entre-vifs* ou un prétendu *testament,* qui ne renfermerait qu'un *simple présent,* pût fournir le moyen de transformer en substitution une donation antérieure pure et simple! ce serait là une fraude à la loi; et nous croyons qu'il appartiendrait aux magistrats de la déjouer, en constatant qu'il n'a pas été fait véritablement une *nouvelle libéralité*, d'après l'interprétation loyale de l'article 1052.

450. — Il n'y a pas lieu davantage d'examiner si la nouvelle libéralité est à titre particulier ou à titre universel; et la charge de restitution pourrait être imposée, par une seconde libéralité à titre particulier, au donataire entre-vifs de tous les biens présents du donateur (art. 1052).

451. — Le disposant pourrait-il, par sa nouvelle libéralité, grever de la charge de restitution les biens du

donataire, qui ne lui proviendraient pas de la première donation, soit qu'il imposât aussi, soit qu'il n'imposât pas cette charge aux biens par lui précédemment donnés? (*Supra*, n° 440.)

On se rappelle que, dans notre ancienne jurisprudence, et d'après la théorie généralement admise des substitutions, le disposant pouvait charger le grevé de rendre, non-seulement le bien dont il le gratifiait, mais aussi un autre bien à lui appartenant; et nous avons pensé, contrairement à l'opinion de quelques auteurs modernes, qu'une pareille disposition constituerait encore, chez nous, une *substitution prohibée* (comp. le tome I, n° 126).

Ce que nous avons à décider maintenant, c'est à savoir si elle pourrait constituer une *substitution permise.*

L'affirmative semblerait, à première vue, assez plausible; et l'on pourrait, en ce sens, raisonner ainsi :

1° La disposition, que la loi permet dans les articles 1048 et suivants, est celle qu'elle prohibe dans l'article 896; et, dès lors, après avoir établi que cette disposition serait prohibée, dans le cas de l'article 896, n'est-il pas logique de conclure qu'elle est permise, dans le cas des articles 1048 et 1049?

2° Il est vrai que l'article 1052 paraît limiter cette faculté de substituer, *aux biens précédemment donnés;* mais tels étaient aussi les termes de l'article 17 du tit. I de l'ancienne Ordonnance; et ce qui prouve qu'ils n'avaient rien d'exclusif, c'est que Pothier n'y voyait qu'une application du droit commun, et qu'il les expliquait en disant que le donateur peut charger de substitution *les biens précédemment donnés,* COMME IL EN POURRAIT CHARGER LES AUTRES BIENS DU DONATAIRE. (Sect. IV, art. 1, § 4.)

3° Enfin, si on objectait que le donateur aurait ainsi le moyen, en faisant la donation d'un bien de peu de valeur, de grever de la charge de restitution la fortune en-

tière et peut-être très-considérable du donataire, la réponse serait encore celle que faisait Pothier, à savoir : que ce danger n'existe pas, puisqu'on ne peut grever quelqu'un de substitution que jusqu'à concurrence de la valeur du bien, dont on l'a gratifié (sect. IV, art. 1, § 5, et art. 11, § 4).

Notre avis est, pourtant, que cette doctrine n'est pas exacte, et qu'il faut décider, sous l'empire de notre Code, que la substitution permise ne peut comprendre que les biens qui proviennent de la libéralité du substituant :

Ces mots : *les biens précédemment donnés*, nous paraissent, en effet, impliquer, dans la pensée du législateur de 1804, une limite restrictive, et qui s'oppose à ce que les biens personnels du donataire puissent y être compris.

Il est clair, d'abord, que, malgré la maxime : *nemo oneratus, nisi honoratus*, le disposant pourrait souvent, en fait, s'il n'en était pas ainsi, grever de la charge de restitution, les biens personnels du donateur pour une valeur de beaucoup supérieure à celle des biens par lui donnés.

Mais ce qui nous détermine surtout, c'est que la substitution permise par les articles 1048 et suivants, est fondée sur une idée de transmission héréditaire! c'est le législateur venant en aide aux père et mère, qui veulent assurer leur bien dans les mains de leurs enfants, pour le faire parvenir à leurs petits-enfants. Voilà pourquoi il offre aussi le même secours au frère ou à la sœur sans enfants, qui veut assurer à ses neveux et nièces la transmission des biens qu'il doit laisser à son frère ou à sa sœur. Il est vrai que cette transmission héréditaire a ceci de particulier, qu'elle s'accomplit au moyen d'une donation entre-vifs ou d'un testament; et c'est bien pour cela, en effet, qu'elle constitue une substitution! mais il n'en est pas moins certain qu'il s'agit ici d'une idée de

transmission héréditaire, au service de laquelle, s'il est permis de dire ainsi, le législateur a mis les deux modes de disposition à titre gratuit!

Or, si cette donnée est exacte, et nous la croyons incontestable, il faut en conclure que cette substitution exceptionnelle n'est, en effet, permise, que relativement aux biens, qui proviennent du disposant, et qui auraient pu parvenir aux appelés dans sa succession ab intestat. (Comp. Toullier, t. III, n° 732; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 361, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 41; Massé et Vergé, t. III, p. 193; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n°s 318 et 325.)

452. — Lorsque le donataire a accepté la nouvelle libéralité, entre-vifs ou par testament, qui a grevé de la charge de restitution les biens précédemment donnés, il demeure lié désormais par son acceptation; et il ne pourrait plus, même en renonçant aux biens compris dans la seconde disposition, s'affranchir de la charge de restitution.

Il faut même le décider ainsi dans tous les cas, et quelle que soit l'opinion que l'on se forme sur le point de savoir si le donataire peut être contraint personnellement à l'exécution des charges qui lui ont été imposées, ou s'il peut s'en affranchir par l'abandon des biens donnés. (Comp. le tome III, n°s 571 et suiv.)

L'article 1052 est, en effet, absolu; et le motif en est simple! c'est qu'il ne s'agit plus seulement de l'intérêt du grevé; il s'agit aussi de l'intérêt des appelés, auxquels le bénéfice de la nouvelle libéralité est désormais acquis! (Comp. *supra*, n° 442; Furgole, sur l'art. 16 de l'Ordonn. de 1747; Thévenot, sur le même article.)

453. — L'article 17 du titre I de l'Ordonnance de 1747 était ainsi conçu :

« Dans le cas porté par l'article précédent, où le do-
« nataire aurait accepté la nouvelle libéralité faite sous

« la condition de substitution, même pour les biens pré-
« cédemment donnés, ladite substitution n'aura d'effet
« que du jour qu'il l'aura acceptée.... »

Quoique notre Code n'ait pas reproduit cette disposition, il a entendu certainement la maintenir; car elle est la conséquence nécessaire de la disposition même de l'article 1052, qu'il a empruntée à l'article 16 de l'Ordonnance.

On ne saurait, en effet, admettre que la charge de restitution imposée, après coup, à une donation faite d'abord purement et simplement, puisse porter atteinte aux droits que le donataire a conférés à des tiers sur les biens compris dans la première libéralité, avant l'acceptation, qu'il a faite de la seconde; car nul ne peut, par son fait, détruire les droits, qu'il a concédés (comp. Grenier, t. III, n° 362; Duranton, t. IX, n° 556; Troplong, t. IV, n° 2235; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 42; Colmet de Santerre, t. IV, n° 211 *bis*, II).

454. — Nous avons toujours supposé que la nouvelle libéralité, qui impose la charge de restitution aux biens précédemment donnés, était faite elle-même par donation entre-vifs. (*Supra*, n°s 442 et suiv.)

C'est que, en effet, aucune explication ne paraît spécialement nécessaire, lorsque la nouvelle libéralité est faite par testament.

La substitution suit, avons-nous dit, la nature de l'acte par lequel elle est faite.

Et, dès lors, lorsqu'elle est faite par testament, elle suit la nature du testament.

C'est-à-dire qu'elle est révocable jusqu'au décès du testateur, qui peut la modifier et la changer à son gré. (*Supra*, n° 441; comp. Pothier, *des Substitutions*, sect. I, art. 2.)

455. — C'est encore une conséquence de notre principe, que le substituant peut ajouter à sa disposition les conditions et les modalités qu'il juge convenables; car le

donateur ou le testateur peut, en général, mettre à sa libéralité les modalités et les conditions, que bon lui semble (comp. le tome I, n° 156).

Ce qu'il faut seulement, c'est qu'elles ne soient contraires ni à l'ordre public, ni au caractère essentiel de la substitution elle-même (art. 900).

456. — Voilà pourquoi nous pensons que le substituant pourrait fixer la restitution à une époque autre que celle de la mort du grevé : soit à l'époque de la majorité ou du mariage des appelés, soit même seulement à l'époque, que le grevé lui-même jugerait convenable (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 102; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 42).

Notre savant collègue, M. Colmet de Santerre, enseigne, toutefois, la doctrine contraire, et que la restitution ne peut jamais avoir lieu qu'à la mort du grevé. Son motif est que, si le disposant pouvait déterminer une autre époque, il en résulterait que les enfants à naître après l'époque déterminée par lui, se trouveraient exclus, contrairement à l'article 1050, du bénéfice de la substitution. On pourrait ajouter, peut-être, que, dans la pensée des rédacteurs de notre Code, la substitution, qu'ils ont permise, n'a pour but que d'assurer plus efficacement la transmission héréditaire des biens; d'où il faudrait conclure qu'elle doit, en effet, toujours, à l'instar de la transmission héréditaire, s'ouvrir seulement par la mort du grevé.

Sans méconnaître ce que cette double objection a de sérieux, nous ne croyons pas qu'elle soit décisive; et la preuve nous paraît en être dans l'article 1053, qui permet au grevé de faire, par anticipation, l'abandon des biens substitués, en avançant ainsi l'époque de l'ouverture de la substitution; d'où l'on est, suivant nous, autorisé à conclure que le disposant doit pouvoir lui en imposer l'obligation.

Quant à l'article 1050, nous reconnaissons qu'il doit,

en effet, toujours être observé; mais il le sera, dans le cas où le disposant aurait déterminé une époque de restitution autre que la mort du grevé, comme dans le cas où le grevé lui-même ferait l'abandon anticipé des biens substitués; c'est-à-dire que l'ouverture anticipée n'aura lieu que sous la réserve des droits éventuels des enfants à naître jusqu'au décès du grevé; mais, sous cette réserve, nous croyons que la faculté, pour le substituant, de déterminer une époque de restitution autre que la mort du grevé, doit d'autant plus être admise, qu'elle pourrait être très-désirable et très-utile!

Et si, en effet, le disposant avait déterminé l'époque de la restitution, il faudrait, à notre avis, en conclure que les créanciers du grevé ne seraient pas fondés à attaquer, comme ayant été faite prématurément et au préjudice de leurs droits, la restitution qui aurait eu lieu en exécution de cette clause constitutive de la substitution elle-même (comp. *infra*, n° 647; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.;* Massé et Vergé, t. III, p. 193; Pison, *Revue crit. de Jurisprud.*, 1859, t. XIV, p. 24; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 442).

457. — A plus forte raison, doit-on reconnaître au disposant, sous la limitation que nous avons indiquée, le pouvoir de régler le mode et les conditions de la restitution, qui devra être faite par le grevé aux appelés. (Arg. de l'art. 1067).

§ II.

Quels sont les effets de la substitution permise.

SOMMAIRE.

458. — Exposition. — Trois intérêts sont en présence : l'intérêt du grevé ; — l'intérêt des appelés ; — l'intérêt des tiers ; et il s'agit de pourvoir, le mieux et le plus équitablement possible, aux uns et aux autres.

459. — Division.

458. — La substitution met en présence, et, pour ainsi dire, en scène, trois sortes d'intérêts également légitimes,

auxquels il était nécessaire que le législateur pourvût, à savoir :

1° L'intérêt du grevé;

2° L'intérêt des appelés;

3° L'intérêt des tiers.

Le grevé d'abord! il est donataire ou légataire en premier ordre; c'est-à-dire qu'il est propriétaire des biens compris dans la disposition, et qu'il a le droit, qui ne saurait être méconnu, d'en jouir et d'en disposer comme de biens qui lui appartiennent.

Oui! mais ces biens, toutefois, ne lui appartiennent que sous une condition résolutoire[1]; et les appelés sont, eux aussi! donataires ou légataires en second ordre, pour devenir, à leur tour, propriétaires, après lui, des biens compris dans la disposition. Il faut donc veiller à leur droit futur et éventuel; d'autant plus qu'ils peuvent être mineurs, qu'ils peuvent même n'être pas encore conçus!

Et cette situation révèle assez, d'elle-même, la nécessité de veiller également à l'intérêt des tiers, qui pourraient contracter avec le grevé, sur la foi de ce droit de propriété, dont il paraît investi, et qui seraient exposés à de grandes déceptions, si on leur laissait ignorer la chance de résolution, dont ce droit est menacé! (Comp. le tome I, n° 86.)

C'est à la conciliation la plus équitable et la plus juste de ces trois intérêts différents, que tendent toutes les dispositions, qui nous restent maintenant à exposer.

459. — A cet effet, nous examinerons successivement :

1. On peut voir la doctrine, que nous avons exposée dans le tome I, nos 94, 95 : suivant nous, dans la pureté des principes, le grevé est un propriétaire *ad tempus*, et non pas un propriétaire sous condition résolutoire ; sa propriété *finit* par l'ouverture de la substitution plutôt qu'elle n'est *résolue;* mais, comme les mots : *condition résolutoire* et *résolution*, sont, dès longtemps, accrédités en cette matière, nous continuerons nous-même d'employer cette terminologie.

A. Quelles sont les mesures de garantie, que le législateur a instituées, soit dans l'intérêt des appelés, soit dans l'intérêt des tiers;

B. Quels sont, pendant la durée de la substitution, les droits et les obligations soit du grevé, soit des appelés;

C. De quelle manière la substitution peut s'éteindre ou s'ouvrir; et quels sont les effets, soit de l'extinction, soit de l'ouverture de la substitution.

A. *Des mesures de garantie, qui doivent être prises, soit dans l'intérêt des appelés, soit dans l'intérêt des tiers.*

SOMMAIRE.

460. — Cinq mesures de garantie doivent être prises, soit dans l'intérêt des appelés, soit dans l'intérêt des tiers. — Exposition. — Division.
461. — I. — *De la nomination d'un tuteur à la substitution.* — De l'ancien Droit sur ce point.
462. — Du Droit nouveau.
463. — Suite.
464. — Suite.
465. — Suite.
465 *bis.* — Suite
466. — Suite.
467. — Suite. — En quelle forme la nomination du tuteur à la substitution peut-elle être faite par le disposant?
468. — Suite. — *Quid*, si le disposant n'a pas nommé de tuteur?
469. — Suite.
470. — Suite.
471. — Suite.
472. — De la déchéance, que la loi prononce contre le grevé, pour n'avoir pas fait nommer un tuteur; et des effets de cette déchéance.
473. — La déchéance a-t-elle lieu de plein droit? ou faut-il, au contraire, qu'elle soit demandée en justice?
474. — Suite. — La déchéance n'est-elle que facultative? et les juges pourraient-ils accorder au grevé un nouveau délai pour faire nommer le tuteur?
475. — La déchéance prononcée par l'article 1057, est-elle applicable au grevé mineur ou interdit, dans le cas où il est pourvu d'un tuteur?
476. — La déchéance du grevé a-t-elle pour conséquence nécessaire l'ouverture des droits des appelés?
477. — *Quid*, s'il n'existe pas encore d'appelés? La déchéance pourra-t-elle être prononcée contre le grevé?

460. — Les mesures de garantie, qui doivent être prises, soit dans l'intérêt des appelés, soit dans l'intérêt des tiers, sont :

I. — La nomination d'un tuteur à la substitution ;

II. — L'inventaire ;

III. — La vente du mobilier ;

IV. — L'emploi des deniers ;

V. — La transcription ou l'inscription de certains actes, au bureau des hypothèques, de la situation des immeubles, qui se trouvent affectés de la substitution.

Nous allons les exposer successivement.

461. — I. — *De la nomination d'un tuteur à la substitution.*

Article 1055 : « Celui qui fera les dispositions auto-« risées par les articles précédents, pourra, par le même « acte, ou par un acte postérieur, en forme authentique, « nommer un tuteur chargé de l'exécution de ces dispo-« sitions ; ce tuteur ne pourra être dispensé que pour « une des causes exprimées à la section VI du chapitre II « du titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipa-« tion.* »

Article 1056 : « A défaut de ce tuteur, il en sera nommé « un à la diligence du grevé ou de son tuteur, s'il est « mineur, dans le délai d'un mois, à compter du jour du « décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis « cette mort, l'acte contenant la disposition aura été « connu. »

Les rédacteurs de notre Code ont puisé l'idée de la nomination d'un tuteur à la substitution dans l'Ordonnance de 1747 (tit. II, art. 4, 5, 12 et 13) ; mais il est juste d'ajouter qu'en lui empruntant cette mesure, ils l'ont beaucoup améliorée.

D'après l'ancienne Ordonnance, en effet :

1° Il n'y avait pas lieu à la nomination de ce tuteur, qu'on appelait alors *curateur,* s'il existait déjà *un premier substitué;* dans ce cas, c'était lui, s'il était majeur, ou son tuteur ou curateur, s'il était pupille, mineur ou interdit, qui en remplissait les fonctions, tant dans son propre intérêt que dans l'intérêt des appelés à naître; c'était seulement dans les cas où le premier substitué n'était pas encore né, qu'il devait être nommé un *curateur à la substitution.*

2° Les fonctions de ce *curateur* n'étaient pas obligatoires; les refusait qui voulait; d'où la conséquence que souvent il fallait les confier à des agents, qui n'avaient pas beaucoup de consistance (comp. notre *Traité de l'Absence*, n° 36, et notre *Traité des Successions*, t. III, n° 428).

3° Enfin, le curateur à la substitution n'était pas chargé de la mission générale de veiller à son exécution; ses fonctions paraissaient restreintes à prêter sa surveillance à la confection de l'inventaire et à l'emploi des deniers (art. 5, 12 et 13 précités); et on tenait communément qu'il n'encourait pas de responsabilité, si ce n'est dans le cas extrême d'une collusion frauduleuse avec le grevé (comp. Thévenot, *des Substitutions*, chap. LXXXVIII; Furgole, sur l'art. 12 de l'*Ordonnance* de 1747; Merlin, *Répert.*, v° *Substitution*, sect. II, § 6, n° 1).

462. — Eh bien! c'est sur ces trois points à la fois, que notre Code a modifié, et, nous pouvons dire, perfectionné l'ancien Droit.

1° C'est, dans tous les cas, aujourd'hui, qu'un tuteur à la substitution doit être nommé; il n'y a pas à distinguer s'il existe déjà des appelés majeurs ou s'il n'en existe pas encore; nos textes sont absolus; et très-justement! d'abord, parce que le droit de l'appelé déjà né, bien que semblable au droit éventuel des appelés à naître, en est pourtant distinct; en second lieu, parce que les appelés, dans le régime de nos substitutions permises,

sont toujours les enfants du grevé, et qu'il pourrait leur être difficile, ou plutôt même impossible de défendre leurs droits à l'encontre de leur père, sans manquer à la déférence qu'ils lui doivent, et sans encourir ses ressentiments!

Aussi, l'ancienne Ordonnance elle-même voulait-elle que, en cas que le premier substitué « soit sous la puis- « sance paternelle dans les pays où elle a lieu, ET QUE LE « PÈRE SOIT CHARGÉ DE SUBSTITUTION ENVERS LUI, il lui fût « nommé un tuteur ou curateur à l'effet dudit inven- « taire.... » (Art. 5.)

Notre Code a généralisé cette prévoyante mesure; il veut qu'un tiers, qui ne sera, envers le père, dans aucun lien de dépendance, surveille l'exécution de la substitution; et il ne paraît pas douteux que c'est principalement cette considération, qui explique l'extrême importance qu'il attache à la nomination du tuteur, et la sanction énergique, sous laquelle il l'exige; car dans sa pensée, cette nomination intéresse, en même temps que le bon ordre des familles, le sort même de la substitution. (Comp. *infra*, n° 472.)

463. — 2° Les fonctions de tuteur à la substitution ne peuvent pas être refusées, si ce n'est dans le même cas où le tuteur d'un mineur ou d'un interdit serait autorisé à s'excuser de la tutelle (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n°s 399 et suiv.).

Mais pourtant le mandat d'exécuteur testamentaire peut être refusé (comp. n° 7); or, cette nomination de tuteur à la substitution, qu'est-ce autre chose qu'une sorte d'exécution testamentaire?

Il est vrai! mais le mandat d'exécuteur testamentaire n'est donné que dans l'intérêt privé du testateur; tandis que le mandat de tuteur à la substitution se rattache, sous quelque rapport, à un intérêt public. (Comp. *supra*, n° 462.)

464. — 3° Enfin, le tuteur à la substitution est au-

jourd'hui chargé d'une mission plus complète que celle qui lui avait été confiée par l'ancien Droit; et il est personnellement responsable, s'il ne s'y est pas, de tout point, conformé.

C'est ce que décide l'article 1073, en ces termes :

« Le tuteur, nommé pour l'exécution, sera personnellement responsable, s'il ne s'est pas, de tout point, « conformé aux règles ci-dessus établies pour constater les biens, pour la vente du mobilier, pour l'emploi des deniers, pour la transcription et l'inscription, et, en général, s'il n'a pas fait toutes les « diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée. » (Comp. *infra*, n° 547; art. 450; et notre *Traité précité*, t. II, nos 117 et suiv.)

Ce texte démontre assez qu'il est impossible de soutenir, comme on l'a entrepris pourtant, que les fonctions du tuteur à la substitution *se bornent à surveiller l'emploi du prix des biens.*

Ses fonctions, au contraire, consistent à faire tout ce qui est nécessaire pour l'exact et complet accomplissement de la charge de rendre, qui est imposée au grevé; de sorte que l'on pourrait dire que la substitution se trouve, en quelque sorte, *personnifiée* dans ce tuteur, suivant l'expression de Thévenot, qui avait entrevu tous les services qu'il pouvait rendre. (*Des Substitutions*, chap. XXXVIII; comp. Paris, 12 janvier, Verneuil, Dev., 1847, II, 82; Caen, 21 juin 1854, Debeaupte, D., 1855, II, 193.)

465. — C'est là, d'ailleurs, un tuteur spécial, qui est donné aux biens plutôt qu'aux personnes, et auquel peut-être le nom de subrogé-tuteur ou de curateur aurait mieux convenu; car il n'a qu'un simple rôle de surveillance, relativement à un objet déterminé.

De là deux conséquences :

1° Ses immeubles ne sont pas grevés de l'hypothèque

légale, qui, d'après l'article 2121, frappe les immeubles du tuteur *des mineurs et des interdits;* le tuteur à la substitution a si peu ce caractère, qu'il est nommé dans l'intérêt des appelés même majeurs, et que, s'il y a des appelés mineurs ou interdits, sa présence n'empêche pas qu'un autre tuteur ne doive leur être donné, d'après les règles ordinaires;

2° Il n'y a pas lieu non plus à la nomination d'un subrogé-tuteur à la substitution.

Aussi, le renvoi, que fait l'article 1055 au titre *de la Minorité et de la Tutelle,* n'a-t-il trait qu'aux causes de dispense. (Comp. Duranton, t. IX, n° 563; Coin-Delisle, art. 1055, n° 2; Troplong, t. IV, n° 2256; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 42; Colmet de Santerre, t. IV, n° 217 *bis*, II.)

465 *bis.* — L'article 1056 décide que, à défaut de tuteur nommé par le disposant, *il en sera nommé un,* à la diligence du grevé, *ou de son tuteur,* s'il est mineur.

En faut-il conclure que le tuteur ordinaire du mineur ne pourrait pas être nommé lui-même tuteur à la substitution?

C'est ce qu'enseignent, en effet, plusieurs auteurs (comp. Malleville, art. 1056; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 195, 196).

Mais c'est là une conclusion radicale, qui ne nous paraît pas ressortir nécessairement des termes, simplement énonciatifs, de l'article 1056, dont le but ne semble pas avoir été d'établir cette incompatibilité.

Ce qui est certain du moins, c'est que le tuteur ordinaire de l'appelé mineur, ne devient pas, de plein droit, le tuteur à la substitution; pas plus que le tuteur à la substitution ne devient, de plein droit, le tuteur ordinaire de l'appelé mineur.

Il faut toujours, pour le tuteur à la substitution, une nomination directe et distincte; et nous croyons qu'il sera mieux aussi de nommer un tuteur autre que le tuteur or-

dinaire. (Comp. Poujol, art. 1056, n° 2; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1761.)

466. — Le disposant, donateur ou testateur, qui établit une substitution, peut, lui-même, nommer le tuteur, qui sera chargé d'en assurer l'exécution.

D'après l'article 133 du projet, la disposition n'était même valable qu'autant que le donateur ou le testateur avait fait cette nomination. (Comp. Fenet, t. XII, p. 405.)

Preuve nouvelle de l'importance que notre législateur y attache! (*Supra*, n° 462.)

Mais, pourtant, il y avait quelque chose d'excessif à exiger, sous peine de nullité de la disposition, que le tuteur fût nommé par le disposant lui-même; et c'est très-justement que l'on a décidé que cette nomination était, de sa part, facultative.

467. — Il peut, d'ailleurs, la faire soit dans l'acte même qui renferme la disposition, soit dans un acte postérieur *en forme authentique*, dit l'article 1055.

Que la nomination du tuteur, postérieurement à la disposition, puisse être faite, non-seulement par un acte devant notaire, mais encore par une déclaration devant le juge de paix, c'est ce qui n'est douteux pour personne (arg. des art. 392 et 398).

Mais peut-elle être faite en la forme d'un testament olographe?

Non! a-t-on répondu : le texte est formel; il exige un acte *en forme authentique!* or, tel n'est pas le testament olographe. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 106, note 4; Toullier, t. III, n° 747; Vazeille, art. 1055, n° 1; Marcadé, art. 1055; Colmet de Santerre, t. IV, n° 217 *bis*, III.)

Il nous est difficile de le croire ainsi.

Comment! la disposition elle-même peut être faite par un testament olographe; et la nomination du tuteur, si elle était concomitante, serait certainement aussi valable en cette forme; mais alors pourquoi donc ne

pourrait-elle pas être faite ensuite de la même manière?

Ce n'est pas tout : la nomination d'un tuteur à la personne et aux biens d'un mineur peut être faite en la forme olographe! (Art. 392, 1°, et 398; comp. notre *Traité de la Minorité*, t. I, n° 80.)

Nous avons vu également que la nomination d'un exécuteur testamentaire peut être faite ainsi; or, cette analogie est très-grande; car le tuteur à la substitution, n'est qu'une sorte d'exécuteur testamentaire, avec cette différence que sa mission est obligatoire.

Aussi, notre avis est-il que ces mots de l'article 1055 : *en la forme authentique*, doivent être entendus, *secundum subjectam materiam*, d'un acte propre à renfermer une disposition, soit entre-vifs, soit par testament; car il ne faut pas oublier que nous sommes en plein *Titre des Donations entre-vifs et des Testaments*, et que ce serait une décision véritablement étrange, que celle qui ne se contenterait pas pour la manifestation de la volonté du disposant, de l'une ou de l'autre de ces formes! (Comp. Coin-Delisle, art. 1055, n° 2; Troplong, t. IV, n° 2256; Mourlon, qui cite en ce sens M. Valette, *Répét. écrit.*, t. II, p. 414; Ancelot, sur Grenier, t. III, n° 385, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 42; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1762.)

468. — *A défaut de ce tuteur*, c'est-à-dire lorsque le disposant n'en a pas nommé, ou lorsque le tuteur, nommé par lui, est mort ou se trouve excusé, l'article 1056 décide qu'il en sera nommé un, à la diligence :

Soit du grevé lui-même, s'il est majeur et capable;

Soit de son tuteur, s'il est mineur ou interdit;

Et cela, dans le délai d'un mois, à compter du jour du décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition aura été connu.

Il en sera nommé un, dit notre texte.

Mais par qui? c'est ce qu'il n'ajoute pas.

On s'accorde avec raison, suivant nous, à reconnaître que cette nomination devra être faite par le conseil de famille des appelés, et suivant les formes prescrites, en général, pour les nominations de tuteur; c'est ce qui paraît, en effet, résulter : soit du renvoi que fait l'article 1055 *au Titre de la Minorité et de la Tutelle,* et qui, bien que n'ayant trait directement qu'aux causes d'excuses, témoigne pourtant que la pensée du législateur s'est tournée de ce côté; soit de cette appellation même de *tuteur* à la substitution, par laquelle il a remplacé le nom de *curateur,* qui lui était donné sous notre ancien Droit, où néanmoins Furgole nous apprend que cette nomination se faisait aussi dans une assemblée de parents. (Sur l'art. 5 du tit. II de l'Ordonn. de 1747; comp. *supra,* n° 461; Toullier, t. III, n° 748; Duranton, t. IX, n° 762; Troplong, t. IV, n° 2259.)

469. — En conséquence, le conseil de famille devra être composé de la même manière que s'il s'agissait de nommer un tuteur ordinaire aux appelés nés et à naître, c'est-à-dire de leurs parents ou alliés, pris moitié du côté paternel, et moitié du côté maternel (art. 407 et suiv.).

Une difficulté peut, néanmoins, se présenter, dans deux cas, savoir :

1° Lorsque le grevé ne s'est pas marié;

2° Lorsque, au contraire, il s'est marié plusieurs fois, et qu'il existe des appelés issus de ses différents mariages.

Il est clair, en effet, que nous ne pouvons appliquer, ni dans l'un ni dans l'autre cas, les règles ordinaires de la composition du conseil de famille.

Le grevé n'est pas marié? mais alors, on ne sait pas quels seront les parents maternels des appelés à naître; et, dans le silence de la loi sur cette hypothèse excep-

lionnelle, nous croyons qu'il conviendrait, en général, d'appeler trois parents du grevé et trois amis; car, outre que l'on s'écarterait des règles générales, en appelant six parents du grevé, il pourrait y avoir quelque danger dans la composition d'un conseil de famille, dont tous les membres auraient le même intérêt que le grevé.

Et quant au second cas, où les parents des appelés, loin de faire défaut, se trouveraient, pour ainsi dire, en surabondance, puisque, en même temps que ces appelés, issus de deux mariages du grevé, auraient des parents paternels communs, chacun d'eux aurait des parents maternels différents, il faudrait choisir entre l'un ou l'autre de ces partis : soit d'appeler trois parents de chaque famille; ce qui porterait à plus de six le nombre des membres du conseil; soit, si on voulait se renfermer dans ce nombre, de prendre un parent dans chacune des deux familles, en appelant, pour compléter le conseil, le plus âgé des deux parents, qui seraient les plus proches, chacun dans sa famille; et ce dernier procédé nous paraîtrait préférable, comme se rapprochant plus du droit commun (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, art. 409; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 748, note *d;* Duranton, t. IX, n° 562; Marcadé, art. 1056; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 43; Colmet de Santerre, t. IV, n° 218 *bis*, II.)

470. — De ce que le tuteur doit être nommé par un conseil de famille, conformément aux règles ordinaires, on pourrait être aussi porté à conclure que c'est devant le juge de paix du domicile des appelés, que le conseil de famille doit être convoqué (arg. de l'article 406).

Nous ne croyons pas pourtant qu'il en soit ainsi; et à notre estime, c'est devant le juge de paix du lieu de l'ouverture de la succession, que cette convocation doit être faite.

L'article 1057 nous paraît en fournir une preuve décisive, puisque c'est le procureur impérial près le tribu-

nal de première instance *du lieu où la succession s'est ouverte,* qu'il charge de requérir la déchéance du grevé, qui n'aurait pas satisfait à l'obligation que la loi lui impose de provoquer la nomination du tuteur; cette compétence du juge de paix du lieu de l'ouverture de la succession est, en effet, d'autant mieux choisie, qu'il pourrait y avoir plusieurs appelés ayant des domiciles différents; *ce qui rendrait,* dit la Cour d'Agen, *inexécutables les dispositions relatives à la tutelle des mineurs.* (12 août 1852, Perrault, Dev., 1852, II, 538; comp. Demante, t. IV, n° 219.)

471. — C'est dans le délai d'un mois, à compter du jour du décès du donateur ou testateur, que le grevé, ou son tuteur, s'il est mineur, doit faire les diligences nécessaires, à fin de nomination du tuteur; ou du moins, à compter du jour où, depuis le décès du disposant, l'acte contenant la disposition a été connu (art. 1056).

On ne saurait trop recommander au grevé de ne point y mettre de retard, et surtout de ne se point immiscer dans la gestion des biens, avant d'avoir accompli cette importante mesure.

Remarquons ces mots de notre texte : *du jour du décès* DU DONATEUR *ou testateur;* d'où il résulte que, si la charge de rendre a été imposée par une donation entre-vifs, le grevé donataire n'est pas tenu de provoquer la nomination d'un tuteur à la substitution, tant que le donateur existe.

C'est que, en effet, le donateur lui-même a certainement qualité pour veiller à l'exécution de la disposition qu'il a faite, et dont il est le tuteur le plus naturel.

Ajoutons qu'il peut, d'ailleurs, nommer aussi un tuteur, par un acte postérieur à la donation, s'il ne l'a pas fait par la donation même (art. 1055).

Mais si le donateur a nommé un tuteur, celui-ci aura-t-il de suite, et dès avant le décès du donateur, le devoir de veiller à l'exécution de sa disposition?

Il faudra voir les termes de l'acte, par lequel il aura été nommé; car c'est là, surtout, une question d'interprétation; ce que l'on peut dire, en général, c'est que, à moins d'une réserve expresse, par laquelle le donateur aurait retardé jusqu'à sa mort l'accomplissement de ce mandat, il devrait être réputé le lui avoir conféré pour qu'il l'accomplît immédiatement.

Le donateur pourrait-il encore intervenir? ou le tuteur, qu'il a nommé, a-t-il seul désormais, et à son exclusion, le pouvoir de surveiller le grevé?

A l'exclusion du donateur, son mandant? cela est impossible!

Le tuteur, que le donateur lui-même a nommé, qu'est-il, en effet, si ce n'est seulement son mandataire?

Le donateur pourrait donc le révoquer (art. 2003); *à fortiori*, peut-il lui donner des instructions, ou agir concurremment avec lui (comp. Marcadé, art. 1055; Colmet de Santerre, t. IV, n° 218 *bis*).

472. — Voici maintenant la sanction de cette première obligation du grevé, dans l'article 1057, en ces termes :

« Le grevé, qui n'aura pas satisfait à l'article précé-
« dent, sera déchu du bénéfice de la disposition; et, dans
« ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert au profit
« des appelés, à la diligence, soit des appelés, s'il sont
« majeurs, soit de leur tuteur ou curateur, s'ils sont mi-
« neurs ou interdits, soit de tout parent des appelés ma-
« jeurs, mineurs ou interdits, soit même d'office, à la
« diligence du Procureur impérial près le tribunal de
« première instance du lieu où la succession est ou-
« verte. »

Nous avons indiqué déjà les motifs de cette sanction rigoureuse (*supra*, n° 462); et c'est assurément une grande preuve de l'importance, que le législateur attache à la nomination d'un tuteur, que ce mandat qu'il confère de la requérir, non-seulement aux protecteurs légaux des

grevés incapables, à leur tuteur, s'ils sont mineurs non émancipés ou interdits, et à leur curateur, s'ils sont mineurs émancipés, mais encore à tout parent, sans distinction de ligne ni de degré, et au Procureur impérial, dans le cas même où les grevés sont majeurs et capables !

Quoique cet article paraisse, à première vue, très-net, il a soulevé pourtant de nombreuses dissidences; et Coin-Delisle a pu dire qu'il en est peu qui aient été plus que celui-ci, *tiraillés*, en sens contraires !

473. — La première, et l'une des plus graves, des questions qui s'y agitent, est celle de savoir quel est le sens de cette formule, par laquelle l'article 1057 déclare que le grevé, qui n'aura pas satisfait à l'article précédent, *sera déchu*.

Est-ce à dire que la déchéance a lieu de plein droit, *ipso facto*, sans qu'il soit nécessaire de la demander ni de la faire prononcer en justice?

Nous croyons que ce serait là une exagération, et qu'il faut, au contraire, que la déchéance soit déclarée par jugement; cette déchéance, en effet, résulte d'un fait, dont il est convenable que la preuve soit fournie judiciairement; et c'est bien là ce que suppose la disposition finale de notre article (comp. Caen, 1er juill. 1856, Boudin, Dev., 1858, II, 205; Demante, t. IV, n° 219).

474. — Mais aussi ce serait, à notre avis, une autre exagération en sens contraire, de prétendre que la déchéance n'est que facultative, et que les juges peuvent ne la point prononcer contre le grevé, et lui accorder un nouveau délai pour faire procéder à la nomination du tuteur.

Nous devons dire, toutefois, que cette doctrine a été beaucoup plus soutenue (*supra*, n° 473); plusieurs auteurs, en effet, l'enseignent; et leur argument est que la première partie de l'article 1057, qui porte que le grevé *sera déchu*, se trouve atténuée et modifiée par la seconde

partie, qui porte que le droit des appelés *pourra être déclaré ouvert;* d'où ils induisent que les juges ont un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, eu égard aux causes par suite desquelles le grevé n'a pas rempli son obligation; au temps plus ou moins long, qui s'est écoulé depuis l'expiration du mois, dans lequel il aurait dû la remplir; et aux autres circonstances du fait, comme s'il a reçu une sommation, dont il n'aurait pas tenu compte, etc. (Comp. Colmar, 14 août 1840, Lavallée, Dev., 1842, II, 102; et *J. du P.*, 1841, t. I, p. 44; Grenier, t. III, n° 385; Rolland de Villargues, *Répert.* de Favard, v° Substitution, chap. II, sect. II, § 4, n° 3; Poujol, art. 1057, n° 3; Vazeille, art. 1057, n° 1; Guillhon, n° 1071; Taulier, t. IV, p. 203; Troplong, t. IV, n° 22.)

Nous croyons pouvoir répondre :

1° Quant au texte de l'article 1057, rien ne saurait être plus impératif : *le grevé sera déchu!*

Et après cela, le législateur s'est-il immédiatement démenti lui-même dans la seconde partie de cet article? nullement! car cette seconde partie n'a plus pour but de décider dans quels cas il y aura déchéance; ce point là est vidé, et très-carrément, par la première partie, qui forme la disposition principale de cet article.

Tout autre est l'objet des mots, qui suivent, et par lesquels le législateur a réglé les conséquences de la déchéance, qu'il vient de prononcer; et quand il déclare que le droit *pourra être déclaré ouvert,* au profit des appelés, *à la diligence soit des appelés, s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur ou curateur,* etc., le mot : *pourra,* se réfère uniquement aux personnes, qu'il veut autoriser à exercer l'action en déchéance contre le grevé; et ce terme facultatif, dont il se sert, s'explique, en effet, par le caractère de ce mandat facultatif, qu'il leur défère, comme aussi par le nombre et la diversité des personnes auxquelles il le défère concurremment.

2° On se récrie que la déchéance nécessaire peut être d'une dureté extrême !

Mais précisément, c'est ainsi que le législateur a voulu la faire ! nous avons vu qu'il avait même d'abord déclaré nulle, *ab initio*, la disposition dans laquelle le disposant n'avait pas nommé lui-même le tuteur ! (*supra*, n° 466) faut-il s'étonner de ce qu'il a déclaré la déchéance du grevé, qui a manqué de remplir l'obligation, qu'il lui impose.

Que cette sanction soit sévère, nous ne voulons pas le nier ; mais elle ne nous paraît avoir rien d'excessif !

Car nous admettons qu'elle ne serait pas encourue par le grevé, dans le cas où il lui aurait été impossible de satisfaire à son obligation ; comme s'il était mineur, par exemple, et non pourvu de tuteur ; ou s'il en avait été empêché par un cas de force majeure, par maladie, ou autrement ; la loi elle-même prouve bien qu'elle admet ce tempérament, en ne faisant courir le délai d'un mois, dans lequel le grevé doit faire nommer le tuteur, sous peine de déchéance, que du jour où l'acte contenant la disposition aura été connu (art. 1055) ; c'est que, en effet, à l'impossible nul n'est tenu !

Mais, hors ces cas, la règle impérative de notre texte reprend son empire ; et nous croyons que la décision judiciaire, qui aurait refusé de prononcer la déchéance contre le grevé, violerait le texte de l'article 1057 et devrait être cassée (comp. Paris, 29 mai 1841, Hunot, Dev., 1841, II, 579 ; Cass., 17 avril 1843, Hunot, Dev., 1843, I, 497 ; Riom, 4 juin 1847, Chassany, Dev., 1847, II, 497 ; Delvincourt, t. II, p. 106, notes 8, 9 ; Malleville, art. 1057 ; Duranton, t. IX, n°s 566-568 ; Ancelot, sur Grenier, t. III, n° 385, note *a ;* Coin-Delisle, art. 1057, n°s 1, 3 ; Duvergier sur Toulier, t. III, n° 783, note *a ;* Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 415 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 43 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 219 *bis*).

475. — Nous avons excepté de la solution, qui précède, le cas où le grevé, mineur ou interdit, n'était pas pourvu d'un tuteur.

C'est assez dire que nous appliquerons cette solution au grevé, mineur ou interdit, dans le cas où il était pourvu d'un tuteur.

Nouvelles protestations encore pourtant!

Par les uns, qui soutiennent, d'une manière absolue, que la déchéance prononcée par l'article 1057, n'est jamais applicable au grevé mineur ou interdit, lors même qu'il est pourvu d'un tuteur, et ce tuteur fût-il solvable. (Comp. Coin-Delisle, art. 1057, n° 6; Troplong, t. IV, n° 2263; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 385, note *b*; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 196.)

Par les autres, qui, tout en admettant que la déchéance peut être encourue par le grevé, mineur ou interdit, pourvu d'un tuteur, exceptent seulement le cas où son tuteur est insolvable. (Comp. Duranton, t. IX, n° 568.)

Mais ni les uns ni les autres ne sont, à notre avis, dans le vrai.

Aux termes de l'article 1056, l'obligation de faire nommer le tuteur à la substitution, est imposée au tuteur du grevé, si celui-ci est mineur ou interdit.

Or, l'article 1057 est, pour tous les cas, la sanction de l'obligation imposée par l'article 1056; c'est là ce qui répond à l'argument, que l'on a voulu déduire de ce que l'article 1057 ne mentionne que le *grevé*, sans mentionner le *tuteur du grevé*; le tuteur du grevé représente, en effet, le grevé lui-même! et la preuve en est dans l'article 1074, qui porte que :

« Si le grevé est mineur, il ne pourra, dans le cas même « de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre « l'inexécution des règles, qui lui sont prescrites par les « articles du présent chapitre. »

Coin-Delisle (*loc. supra cit.*) objecte que cette dis-

position de l'article 1074 n'est pas générale, et qu'elle se réfère seulement à certains articles, dont les rédacteurs voulaient faire une énumération, qu'ils ont omise; mais nous ne croyons pas qu'un tel argument soit admissible et puisse atténuer la généralité d'application, que réclame le texte même de la loi.

Quant à l'amendement, d'après lequel le grevé mineur ou interdit ne serait pas déchu, *dans le cas d'insolvabilité de son tuteur*, comment le comprendre, en présence d'un article qui déclare, au contraire, formellement, et suivant d'ailleurs le droit commun, que le grevé mineur ou interdit ne sera pas restitué *dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur!* (Comp. *infra*, n° 547; art. 942, 1070, 1663, 2195 et 2278; Marcadé, art. 1057; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 415; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 44; Colmet de Santerre, t. IV, n° 219 *bis*, I; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1764.)

476. — La déchéance prononcée par l'article 1057, contre le grevé, est donc nécessaire!

Cette proposition nous paraît certaine, dans le cas où il existe déjà des appelés.

Et nous ne pensons pas que l'on puisse admettre la doctrine d'un arrêt de la cour de Colmar, qui a décidé qu'il ne résulte pas de la déchéance du grevé que les appelés soient investis, *hic et nunc*, de la jouissance des biens compris dans la disposition, et que l'*article* 1057 *a soigneusement distingué la déchéance encourue par le grevé de la mise en jouissance des appelés, laquelle est laissée à l'arbitrage du juge, qui peut l'accorder de suite à ceux-ci ou surseoir dans l'intérêt des tiers....* (14 août 1840, Lavallée, Dev., 1842, II, 102.)

Ainsi, d'après cette doctrine, tandis que la déchéance du grevé serait nécessaire, l'ouverture du droit des appelés ne serait, au contraire, que facultative.

Mais nous croyons avoir démontré que tel n'est pas le

sens du mot : POURRA, dans la seconde partie de l'article 1057 (*supra*, n° 474).

Ajoutons qu'une telle conclusion violerait, en outre, le texte de l'article 1053, qui porte que les droits des appelés seront ouverts, à l'époque où, *par quelque cause que ce soit*, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la sœur grevé de restitution, cessera. (Comp. *infra*, n° 480; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 44; Colmet de Santerre, t. IV, n° 219 *bis*, I.)

477. — Mais supposons qu'il n'existe pas encore d'appelés.

La déchéance pourra-t-elle être prononcée, contre le grevé, par application de l'article 1057?

Cette hypothèse est plus délicate; et elle a soulevé, en effet, de vives dissidences.

Une doctrine, qui nous paraît très-sérieuse, enseigne l'affirmative, et que c'est aux héritiers ab intestat du disposant, que doivent être attribués les biens compris dans la substitution; qu'ils doivent leur être attribués, bien entendu, sous la même charge, qui les affectait dans la main du grevé, et pour les restituer aux appelés, dès qu'il en surviendra.

Les partisans de cette doctrine raisonnent ainsi :

1° Le but essentiel, que le législateur s'est proposé dans l'article 1057, c'est de garantir, par une sanction énergique, les droits des appelés;

Or, les droits des appelés à naître doivent être garantis tout autant que les droits des appelés déjà nés; la vigilance de la loi doit même être plus sévère encore, en ce qui les concerne; car, les appelés déjà nés trouvent, dans le cœur du grevé, la garantie de la tendresse paternelle, qui pourra peut-être maîtriser ses penchants à la dissipation; garantie, qui fait, au contraire, défaut, quand les appelés n'existent pas encore;

Donc, le législateur a dû exiger, tout au moins, sous la même sanction, dans les deux cas, l'accomplissement

de l'obligation, qu'il impose, au grevé, c'est-à-dire sous la menace de se voir enlever, *hic et nunc*, le bénéfice de la disposition, s'il y manquait.

2° Les travaux préparatoires témoignent que telle a été, en effet, sa pensée; on sait que, d'après l'article du projet, la nomination du tuteur à la substitution devait être faite par le disposant, dans l'acte même de disposition, sous peine de nullité (*supra*, n° 466); et si cet article avait été maintenu, c'est évidemment aux héritiers du disposant que les biens compris dans la substitution auraient appartenu, puisque la disposition tout entière eût été nulle; or, tel a toujours été le fond du système de la loi; il est vrai que l'obligation de faire nommer un tuteur a été déplacée, et que, au lieu d'être imposée au disposant, elle a été imposée au grevé; mais la sanction de cette obligation est restée la même; et l'article 1057 la proclame nettement, en disant : *le grevé sera déchu;* formule absolue, qui ne comporte aucune distinction entre le cas où il existe déjà des appelés et les cas où il n'en existe pas encore.

3° Et si l'on objecte que les héritiers ab intestat du disposant ne sauraient avoir qualité pour se prévaloir de l'inaccomplissement d'une formalité, qui n'a pas été prescrite dans leur intérêt, et qui ne se propose que l'intérêt des appelés, cette doctrine répond que précisément c'est dans l'intérêt des appelés, que les héritiers du disposant ont été autorisés par la loi à demander la déchéance contre le grevé; dans l'intérêt des appelés, dit-elle, et afin de contraindre le grevé à requérir cette nomination de tuteur, qui fait leur principale garantie! (Comp. Riom, 4 juin 1847, Chassouy, Dev., 1847, II, 467; Delvincourt, t. II, p. 106, notes 8-9; Coin-Delisle, art. 1057, n°s 2, 4; Marcadé, art. 1057; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 385, note *b;* Colmet de Santerre, t. IV, n° 219 *bis*, II.)

478. — Sans méconnaître la gravité de ces motifs, nous ne croyons pas pourtant devoir nous y rendre; et

la doctrine la plus sûre est, à notre avis, celle qui n'admet pas que la déchéance puisse être prononcée contre le grevé, lorsqu'il n'existe pas d'appelés :

1° L'article 1057 nous paraît, en effet, témoigner que, dans la pensée du législateur, l'ouverture du droit des appelés est corrélative à la déchéance de grevé; car la seconde partie de l'article a pour but précisément de déterminer la conséquence, que produira cette ouverture anticipée de la substitution. Se figure-t-on bien, en présence d'un article ainsi conçu, qu'un héritier du disposant vienne demander la déchéance du grevé, en concluant à ce que les biens grevés de substitution lui soient attribués à lui-même, en sa qualité d'héritier ab intestat! le texte nous paraît résister à une telle hypothèse; et ceci prouve qu'il n'est pas, comme on l'a dit, un *reste* du système adopté d'abord dans le projet, et d'après lequel le défaut de nomination du tuteur entraînait la nullité de la disposition; la vérité est qu'il est, tout au contraire, l'abandon et la transformation de ce système!

2° Cette corrélation d'ailleurs, que l'article 1057 établit entre la déchéance du grevé et l'ouverture des droits des appelés, est fort logique; car, la nomination du tuteur à la substitution est une mesure tout à fait étrangère aux héritiers du disposant, et qui n'est requise que dans l'intérêt des appelés.

On a répondu, il est vrai, que la disposition ayant été faite au grevé sous cette condition, c'est en vertu du droit commun sur la révocation des donations pour cause d'inexécution des conditions, que les héritiers du disposant peuvent agir contre lui.

Mais cette idée nous paraît excessive; et nous persistons d'autant plus à penser qu'il ne s'agit que d'une déchéance établie dans le seul intérêt des appelés, que la doctrine contraire pourrait produire des résultats exorbitants, et qui dépasseraient certainement le but, que le législateur s'est proposé d'atteindre.

Supposez, en effet, que la disposition avec charge de restitution a été faite par donation entre-vifs, et que le donateur a vécu, depuis, pendant douze ou quinze ans; lorsqu'il meurt ensuite, le grevé n'a pas encore d'enfants; et on sait que c'est seulement à l'époque de la mort du donateur, que commence, pour le grevé, l'obligation de faire nommer un tuteur (*supra*, n° 471); il faudrait donc dire que, s'il a laissé passer un mois depuis cette époque, sans en avoir fait nommer un, il sera déchu de la propriété de ces biens, dont il est saisi déjà depuis quinze ans; et cela, au profit des héritiers du donateur!

La même conséquence pourrait se produire, dans le cas où la disposition aurait été faite par testament; comme si le grevé, ayant fait nommer un tuteur dans le mois du décès du testateur, le tuteur venait à décéder ensuite douze ou quinze ans après, et que le grevé laissât passer un mois, depuis qu'il a connu son décès, sans provoquer la nomination d'un nouveau tuteur. Eh quoi! ce grevé, qui n'a pas d'enfants, qui peut-être n'en aura jamais, qui peut-être même a vu mourir, avant lui, dans un âge avancé, les enfants qu'il avait eus, il faudra le déclarer déchu de la propriété de ces biens, qui lui est acquise depuis quinze ou vingt ans; et cela, au profit des héritiers du disposant, auxquels la substitution et tout ce qui s'y rattache, est absolument étranger!

Il nous serait difficile de le croire.

3° Mais alors, dira-t-on, les droits des appelés à naître seront donc destitués de garanties?

Telle n'est pas la conséquence de notre doctrine; et nous croyons, au contraire, que toutes les personnes, y compris le ministère public, auxquelles l'article 1057 confère qualité pour demander que la substitution soit déclarée ouverte, lorsqu'il existe déjà des appelés, auront, par cela même, qualité pour demander l'emploi des mesures conservatoires, que les circonstances pourraient

rendre nécessaires, lorsqu'il n'y a pas encore d'appelés. (Comp. Duranton, t. IX, n° 566; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 44; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 415; Troplong, t. IV, n° 2262.)

479. — Dans le cas où le grevé a été déclaré déchu, par application de l'article 1057, à compter de quelle époque est-il tenu de la restitution des fruits des biens substitués?

Ce n'est, suivant nous, qu'à compter du jour où la demande en déchéance a été formée contre lui.

A considérer même cette déchéance comme une révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions, il faudrait le décider ainsi. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 611.)

Mais nous venons de dire que cette manière de l'apprécier ne serait pas exacte (*supra*, n° 478); et que la déchéance prononcée par l'article 1057 n'est, dans l'intérêt des appelés, qu'une ouverture anticipée de la substitution.

Raison de plus pour que le grevé conserve les fruits des biens substitués, jusqu'au jour de la demande. (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété*, t. I; Riom, 4 juin 1847, Chassang, Dev., 1847, II, 467.)

480. — C'est cette appréciation du caractère de la déchéance écrite dans l'article 1057, qui doit encore fournir la solution d'une difficulté assez grave, relativement aux tiers.

Le grevé, contre lequel la déchéance a été prononcée par application de cet article, a aliéné ou hypothéqué un immeuble compris dans la substitution.

Sa déchéance sera-t-elle opposable aux tiers, acquéreurs ou aux créanciers hypothécaires?

Cette question peut paraître plus ou moins difficile, suivant que la substitution n'avait pas été ou avait été rendue publique par la transcription.

Supposons d'abord que la substitution n'a pas été transcrite.

Nous n'hésitons pas alors à répondre que la déchéance du grevé n'est pas opposable aux tiers acquéreurs, ni aux créanciers.

En effet, à supposer même (ce que d'ailleurs nous n'admettons pas, *voy. infra*, n° 624), que l'ouverture de la substitution, qui résulte de cette déchéance, dût être assimilée à l'ouverture qui résulte de la mort du grevé, elle ne pourrait produire que les mêmes conséquences, ni plus ni moins, que celles que produirait la mort du grevé;

Or, l'ouverture de la substitution par la mort du grevé n'entraînerait pas la résolution des hypothèques et des aliénations à titre onéreux consenties par lui, si la substitution n'avait pas été transcrite (art. 1070);

Donc, l'ouverture de la substitution par la déchéance du grevé ne doit pas l'entraîner non plus, lors même qu'on la considérerait comme aussi absolue, à l'égard des tiers, que celle qui résulte de sa mort.

Cette solution pourtant a été contestée; on a soutenu que la déchéance du grevé, aux termes de l'article 1057, avait l'effet d'une condition résolutoire, qui anéantissait absolument son droit, *in præteritum;* et c'est ainsi que, dans un cas où la substitution avait été faite par testament, le tribunal de Mortagne a jugé que la déchéance encourue par le grevé était opposable à un tiers acquéreur, nonobstant le défaut de transcription : *attendu que la substitution disparaissant, il ne restait plus qu'un testament pur et simple, qui, comme tel, était affranchi de la nécessité de la transcription.* (18 mai 1854, Boudin, Dev., 1858, II, 205.)

Mais ce jugement a été réformé; et c'est avec raison, suivant nous, que l'arrêt de la Cour de Caen a répondu *que l'on ne concevrait pas que le droit des tiers, qui repose uniquement sur le défaut de transcription, et sur l'ignorance*

légale, qui en résulte pour eux, fût différent, suivant que la formalité de la nomination d'un tuteur, qui ne se révèle à eux par aucune publicité, aura été ou n'aura pas été remplie. (1er juin 1856, Boudin, *loc. supra cit.*)

Et, en effet, d'après l'article 1070, la substitution non transcrite n'est pas opposable aux tiers acquéreurs à titre onéreux (*infra*, nos 517 et suiv.); or, leur opposer le défaut de nomination d'un tuteur, ne serait-ce pas aussi, d'une certaine manière, leur opposer la substitution? (Comp. Bruxelles, 21 juin 1824, Delrue, D., *Rec. alph.*, v° *Substitution*, n° 344; Flandin, *Traité de la Transcription*, t. I, n° 770 et t. II, n° 983.)

480 *bis*. — Mais supposons, au contraire, que la substitution avait été transcrite.

On peut soutenir, avec force, que la déchéance résultant, contre le grevé, de l'article 1057, sera opposable aux tiers acquéreurs et aux créanciers du grevé; c'est-à-dire que cette ouverture anticipée de la substitution produira, envers et contre tous, les mêmes effets que produirait son ouverture par sa mort. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 44.)

Mais voilà précisément, à notre avis, ce qui ne doit pas être concédé! et nous croyons, au contraire, que l'ouverture anticipée, qui résulte de la déchéance du grevé, dans le cas de l'article 1057, n'a pas, à l'égard des tiers, les mêmes effets, définitifs et absolus, qui résultent de l'ouverture normale de la substitution par la mort du grevé. (Comp. Colmar, 11 août 1840, Lavallée, Dev. 1842, II, 102.)

C'est là d'ailleurs une doctrine, que nous nous réservons d'exposer bientôt d'une manière spéciale (*infra*, n° 624).

481. — Quel est, s'il survient ensuite de nouveaux appelés, l'effet de cette ouverture anticipée de la substitution, qui se fait par la déchéance du grevé, au profit des appelés déjà nés?

Quel est même son effet, entre les appelés déjà existants, s'il arrive que l'un d'eux vienne à mourir ensuite avant le grevé?

Ce sont là encore deux points, que nous examinerons aussi, lorsque nous exposerons les effets de l'ouverture de la substitution (*infra*, n° 621, 622).

482. — II. *De l'inventaire des biens compris dans la substitution.* (*Supra*, n° 460.)

Article 1058 : « Après le décès de celui qui aura dis« posé à la charge de restitution, il sera procédé, dans « les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens « et effets, qui composeront sa succession, excepté néan« moins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particu« lier. Cet inventaire contiendra la prisée, à juste prix, « des meubles et effets mobiliers. »

Article 1059 : « Il sera fait à la requête du grevé de « restitution, et dans le délai fixé au titre *des Successions* « en présence du tuteur nommé pour l'exécution; les frais « seront pris sur les biens compris dans la disposition.»

Article 1060 : « Si l'inventaire n'a pas été fait à la re« quête du grevé dans le délai ci-dessus, il y sera procédé « dans le mois suivant, à la diligence du tuteur nommé « pour l'exécution, en présence du grevé ou de son tu« teur. »

Article 1061 : « S'il n'a point été satisfait aux deux « articles précédents, il sera procédé au même inven« taire, à la diligence des personnes désignées en l'ar« ticle 1057, en y appelant le grevé ou son tuteur, et le « tuteur nommé pour l'exécution. » (Comp. Ordonn. de 1747, tit. II, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 et 42.)

C'est d'après ces textes, que nous avons à résoudre les points suivants :

a. — Dans quels cas l'inventaire doit être fait; et quels biens il doit comprendre;

b. — Dans quel délai; en quelle forme; et aux frais de qui il doit être fait;

c. — A la diligence de quelles personnes;

d. — Quelle est la sanction de l'obligation, que la loi impose au grevé d'y faire procéder.

483. — *a.* Le but de l'inventaire est d'établir la consistance des biens substitués; il faut, en effet, dans l'intérêt commun des appelés et du grevé, que l'on sache exactement en quoi consiste la charge de restitution.

Ce motif, qui explique la nécessité de l'inventaire, indique en même temps dans quels cas il doit être fait.

Les termes mêmes de l'article 1058 témoignent que l'inventaire n'est requis que lorsque la disposition à charge de rendre a été faite par testament; et encore, même dans ce cas, n'est-il requis, que lorsque cette disposition constitue un legs universel ou à titre universel.

D'où il résulte d'abord qu'il n'y a pas lieu à l'inventaire, lorsque la disposition à charge de rendre est faite par donation entre-vifs; c'est que, en effet, l'acte même de donation détermine spécialement les biens donnés, s'il s'agit d'immeubles; et que, s'il s'agit de meubles, il doit en contenir un état descriptif et estimatif (art. 948).

Remarquons pourtant que si le donateur substituant s'était réservé l'usufruit, il serait prudent, de la part du grevé, lorsque cet usufruit prendrait fin, de faire constater, par un procès-verbal de récolement, l'état des biens, tels qu'ils arriveraient alors dans ses mains. (Comp. Coin-Delisle, art. 1058, n° 8; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 387, note *a*.)

484. — Il est bien entendu que nous ne parlons que de la donation entre-vifs ordinaire de biens présents.

Il en serait autrement de la donation de biens à venir, qui, n'ayant, comme le testament, d'effet qu'à l'époque du décès de l'instituant, doit y être, sous ce rap-

port, assimilée, et qui nécessite aussi l'inventaire des biens, que le grevé donataire recueille, lors du décès du donateur (art. 1082, 1083, 1089; comp. Furgole sur l'art. 2 de l'*Ordonnance* de 1747; Colmet de Santerre, n° 220 *bis*, I).

485. — Lorsque la disposition à charge de rendre est faite par testament, la loi exige l'inventaire, excepté seulement dans le cas où il s'agit d'un legs particulier; et, par conséquent, elle l'exige dans le cas d'un legs à titre universel, comme dans le cas d'un legs universel.

C'est que, en effet, lors même que le legs est seulement à titre universel, il est nécessaire, avant tout, de dégager la fraction qui le constitue d'avec l'universalité totale, où elle se trouve confondue; et, pour cela, il faut bien faire l'inventaire de toute la succession; car on ne peut arriver à déterminer la *fraction* qu'en déterminant d'abord l'*entier*. (*Voy.* toutefois *infra*, n° 486.)

486. — Lorsque, au contraire, le legs est à titre particulier, le testament lui-même déterminant l'objet légué, comme dans le cas d'une donation entre-vifs (*supra*, n° 483), une constatation nouvelle, par le moyen d'un inventaire, serait superflue (*voy.* néanmoins l'art. 1 du tit. II de l'*Ordonn.* de 1747).

Nous ferons toutefois, à cet égard, deux remarques :

La première, c'est que l'inventaire pourrait être nécessaire, dans le cas même où il ne s'agirait que d'un legs à titre particulier, si le testament lui-même n'en désignait pas spécialement les objets; comme serait, par exemple, le legs de la bibliothèque du testateur, ou d'une succession, qui lui serait échue, et dont aucun inventaire n'aurait encore été fait. Ce qui demeure toujours vrai, sans doute, dans ce cas, c'est qu'il n'est pas nécessaire de faire dresser, dans l'intérêt des appelés, un inventaire de tous les biens et effets, qui composent la succession du

testateur; et, à ce point de vue, l'article 1058 n'est pas, en effet, applicable; mais, du moins, faut-il faire dresser un état détaillé et estimatif des biens compris dans la disposition.

Notre seconde remarque, c'est que, dans le cas même, où, d'après l'article 1058, un inventaire n'est pas nécessaire, parce qu'il s'agit d'un legs particulier d'objets désignés par le testament, il est toujours nécessaire que le grevé appelle le tuteur à la substitution, pour qu'il soit présent à la délivrance, qui lui en sera faite, et afin que l'état des immeubles soit contradictoirement constaté, ou, s'il s'agit de meubles, que la prisée en soit faite, aussi contradictoirement, après la délivrance. (Comp. Coin-Delisle, art. 1058, n° 8; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 45.)

487. — On a mis en question si l'inventaire, dont il s'agit, doit comprendre les biens immeubles comme les biens meubles.

Voici comment Furgole s'exprimait sur l'article 1 du titre II de l'Ordonnance de 1747 :

« Il est nécessaire que l'inventaire renferme tous les biens et effets délaissés par le substituant, tant meubles qu'immeubles; la lettre du texte est claire et précise sur ce point, dès qu'il ne se borne point aux seuls effets mobiliers; ce qui paraît fondé sur ce qu'il impose au grevé d'avoir une preuve, par l'inventaire, des biens immeubles, comme des meubles et effets mobiliers. »

Or, notre article 1058 a reproduit les termes de l'ancienne Ordonnance; et même on peut remarquer qu'après avoir exigé que l'inventaire comprenne *tous les biens et effets composant la succession*, il n'exige, au contraire, la prisée que *pour les meubles et effets mobiliers*.

D'où l'on a conclu qu'il exige l'inventaire pour les immeubles comme pour les meubles. (Comp. Toullier, t. III, n° 753; Vazeille, art. 1058, n° 1; Troplong, t. IV, n° 2265.)

Mais Pothier, qui écrivait aussi sous l'empire de l'Ordonnance, ne l'entendait pas de même :

« L'héritier ou le légataire universel grevé de substitution, disait-il, doit faire inventaire *de tous les effets mobiliers, titres et enseignements de la succession.* » (*Des Substitutions*, sect. v, art. 4, § 1.)

Et l'inventaire est, en effet, une mesure, qui ne s'applique généralement qu'aux biens meubles (arg. des art. 451, 794, 1031, Code Napol.; art. 943, Code de procéd.; comp. notre *Traité de la Minorité*, *de la Tutelle*, etc., t. I, n° 546; Coin-Delisle, art. 1058, n° 8; Marcadé, art. 1058; Demante, t. IV, n° 220; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 753, note *a*).

Il est vrai! mais nous croyons, pourtant, qu'il a été dans l'intention du législateur, que la consistance de la disposition faite avec charge de rendre fût constatée aussi complétement que possible; d'où il suit que non-seulement les titres de la propriété des immeubles doivent être relatés dans l'inventaire, mais que l'état de ces immeubles doit être constaté contradictoirement par le grevé, en présence du tuteur à la substitution; c'est surtout dans le cas où il s'agirait d'un legs à titre universel des immeubles que cette observation serait importante. (Comp. Paris, 14 juin 1836, Cazalot, D., 1836, II, 123; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 45; Duvergier, *loc. supra cit.*; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 387, note *a*; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1770.)

Les frais de cette opération ne seraient donc pas inutiles; aussi devraient-ils être prélevés, comme ceux d'inventaire, sur les biens compris dans la substitution.

488. — L'inventaire doit contenir la prisée, à juste prix, des meubles et effets mobiliers corporels (comp. notre *Traité* précité de la *Minorité*, etc., t. I, n° 546, note *a*; Paris, 13 juin 1836, Cazalot, D., 1836, II, 123).

Et il faut remarquer que cette double mesure est applicable aux bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres (art. 1044; *infra*, n° 502).

489. — *b*. L'inventaire doit être fait *dans le délai fixé au titre des Successions* (art. 1059).

Toullier en a conclu que le grevé avait trois mois et quarante jours pour le faire. (T. III, n° 751.)

Mais pourquoi quarante jours?

Le délai *pour faire inventaire* est de trois mois; les quarante jours sont accordés *pour délibérer* (art. 795).

Et, par conséquent, c'est dans le délai de trois mois, à compter du décès du disposant, que l'inventaire doit être fait par le grevé (comp. Troplong, t. IV, n° 2268).

Il est bien entendu, d'ailleurs, que l'expiration de ce délai n'empêche pas le grevé de faire encore inventaire (arg. des art. 798, 799; comp. Coin-Delisle, art. 1058, n° 3).

490. — En décidant que l'inventaire sera fait *dans les formes ordinaires*, l'article 1058 exige qu'il soit fait *dans les formes réglées par les lois sur la procédure*, c'est-à-dire par un notaire (art. 794, Cod. Napol.; art. 942 et suiv. Code de procéd.; comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 140).

Un inventaire privé serait donc insuffisant; et cela, lors même que les appelés déjà existants seraient tous majeurs et capables.

Il n'y a pas non plus à distinguer s'il est fait à la requête du grevé, ou d'une autre personne privée, ou à la requête du procureur impérial.

491. — Il faut que l'inventaire soit fait *en présence du tuteur nommé pour l'exécution* (art. 1059).

Mais voici que le tuteur appelé pour y être présent, ne comparaît pas!

« Il ne paraît pas douteux, disait Furgole, que le défaut de comparaître sur une assignation équipolle à la présence, et que si l'inventaire ne pouvait être fait qu'au-

tant que le curateur assisterait réellement, il pourrait en empêcher la faction; mais le curateur défaillant pourrait être tenu de dommages-intérêts provenant de l'infidélité de l'inventaire occasionnée par son absence, comme ayant manqué à son devoir. » (Sur l'art. 5 du tit. II de l'*Ordonn.* de 1747; comp. Pothier, *Des Substit.*, sect. v, art. 4, § 1.)

La même réponse doit être encore faite aujourd'hui (comp. Coin-Delisle, art. 1058, n° 2; Troplong, t. IV, nos 2269 et 2271).

492. — Quant aux frais de cet inventaire, ils doivent être prélevés sur les biens compris dans la disposition.

D'où il résulte qu'ils ne sont : ni à la charge personnelle soit du grevé, soit des appelés; ni à la charge de la succession du disposant (comp. l'art. 2 du tit. II de l'*Ordonn.* de 1747).

Ce qui est très-juste, puisque l'inventaire n'a lieu que dans l'intérêt de la substitution elle-même et pour sa plus fidèle exécution.

Mais ce motif annonce suffisamment qu'il n'en serait pas ainsi, dans le cas où l'inventaire aurait été utile aussi à la succession du disposant; comme s'il s'agissait d'un legs à titre universel, et que les héritiers ab intestat fussent mineurs ou interdits. (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 418; Coin-Delisle, art. 1058, n° 6.)

492 *bis*. — Ce n'est qu'en ce qui concerne les frais de scellés et d'inventaire, que l'article 1059 porte expressément qu'ils seront pris sur les biens compris dans la disposition.

Mais que faut-il décider des autres frais, auxquels la disposition peut encore donner lieu : soit des frais de transcription ou d'inscription, soit des frais de mutation?

Quant aux premiers, nous croyons qu'ils se trouvent implicitement compris dans l'article 1059; car la trans-

cription et l'inscription étant, de même que les scellés et l'inventaire, des mesures requises dans l'intérêt de la substitution, il est logique que les frais en soient aussi pris sur les biens substitués. (Comp. *infra*, nos 517 et suiv.)

Relativement aux frais de mutation, dont le grevé est tenu, la question paraît avoir été controversée dans notre ancien Droit (comp. Ricard, Part. II, n° 155; Merlin, *Répert.*, v° *Substitut. fidéicomm.*, sect. XII, § 2, n° 2).

Mais ces frais, qui sont la dette personnelle du grevé, devraient, suivant nous, demeurer à sa charge. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 107, note 6; Toullier, t. III, n° 776; Rolland de Villargues, n° 6; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 419.)

493. — *c.* Il est tout simple que le devoir et le droit de faire procéder à l'inventaire, soient d'abord dévolus au grevé; et s'il y satisfait dans le délai légal, c'est, en conséquence, à lui qu'appartient le choix du notaire (comp. Toullier, t. III, n° 753).

Mais, à défaut par lui d'y satisfaire, le législateur confère le droit de requérir l'inventaire d'abord exclusivement, dans le mois suivant, au tuteur nommé pour l'exécution; et ensuite, concurremment, à toutes les personnes auxquelles il a, dans l'article 1057, conféré le pouvoir de faire nommer un tuteur à la substitution.

Le grevé, dans le premier cas, et aussi, dans le second cas, le tuteur à la substitution, doivent y être appelés; et, s'ils ont été appelés, l'inventaire n'en serait pas moins réputé fait contradictoirement avec eux, lors même qu'ils auraient été défaillants. (*Supra*, n° 491.)

Remarquons encore :

1° Que, dans ce cas, le choix du notaire appartient à la personne, qui, à défaut du grevé, requiert l'inventaire;

2° Que lorsque l'inventaire a été commencé, à défaut

du grevé ou du tuteur à la substitution, par l'une des personnes, qui ont qualité à cet effet, ni le grevé, ni le tuteur ne pourrait demander à le continuer à sa requête; car, son retard a eu pour effet d'attribuer ce droit à un autre; et on conçoit que ce retard même puisse faire craindre encore de nouvelles négligences de sa part (comp. Furgole sur l'art. 3 du tit. II de l'*Ordonn.* de 1747);

3° Que le surcroît de frais, auxquels peut donner lieu la présence de ces poursuivants extraordinaires, doit retomber sur le grevé et le tuteur à la substitution, qui sont en faute d'y avoir donné lieu; du moins les juges ont-ils le pouvoir de le décider ainsi (arg. de l'art. 1282; comp. Coin-Delisle, art. 1058, n° 3; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 387, note *c*).

494. — *d.* Aux termes des articles 42 et 43 du titre II de l'Ordonnance de 1747, le grevé, qui avait négligé de faire l'inventaire et la prisée dans le délai prescrit, encourait *la peine de la privation et restitution des fruits*, qu'il avait pu percevoir des biens substitués. (Comp. Thévenot et Furgole, sur ces articles; Pothier, *Des Substitutions, loc. supra cit.*)

Mais aucun texte de notre Code n'a reproduit cette pénalité; et il serait impossible de l'appliquer aujourd'hui au grevé, sauf les dommages-intérêts, dont il pourrait être tenu, suivant le droit commun, en raison du préjudice, que son retard et sa négligence auraient causé aux appelés (comp. Coin-Delisle, art. 1058, n° 1).

495. — III. — *De la vente du mobilier.* (*Supra*, n° 460.)

Article 1062 : « Le grevé de restitution sera tenu de « faire procéder à la vente, par affiches et enchères, de « tous les meubles et effets compris dans la disposition, « à l'exception néanmoins de ceux dont il est mention « dans les deux articles suivants. » (Comp. l'art. 8 du tit. II de l'*Ordonn.* de 1747.)

Le dépérissement et la dépréciation, auxquels les meubles sont sujets, ne permettaient pas d'en laisser au grevé la jouissance en nature; car une telle jouissance, qui aurait pu les anéantir, était incompatible avec la charge de restitution, dont il est tenu.

Voilà pourquoi, dans l'intérêt des appelés, notre article lui impose l'obligation de les faire vendre.

496. — Ce motif prouve assez que l'article 1062 n'est applicable qu'aux meubles corporels, et qu'il ne concerne pas les meubles incorporels, tels que les créances, les rentes, les actions dans les compagnies de commerce, de finance ou d'industrie.

Ces sortes de meubles, en effet, ne dépérissent point par le temps ou par l'usage. Pourquoi d'ailleurs les vendre, puisqu'il faudrait en acheter d'autres en remploi du prix? il vaut donc mieux, plutôt que de chercher, avec plus ou moins de chances, un nouveau placement, garder celui que le disposant lui-même a choisi; d'autant plus qu'il peut, en effet, indiquer le mode d'emploi; aussi, l'article 1066 suppose-t-il que les créances et les rentes, comprises dans la substitution, ont été conservées en nature (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, nos 572 et 586).

Remarquons seulement qu'il sera nécessaire, s'il existe des titres au porteur, de les convertir en titres nominatifs, ainsi qu'on peut le faire, en vertu de l'article 8 de la loi du 22 juin 1857; cette précaution est, disons-nous, nécessaire, afin d'empêcher le grevé d'en disposer au préjudice des appelés (comp. *infra*, n° 526; Grenier, t. III, n° 388; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 56; Colmet de Santerre, t. IV, n° 229 *bis*, I).

497. — Mais, quant aux meubles corporels, la règle est qu'ils doivent être vendus.

Et c'est mal à propos, suivant nous, que Toullier en excepte ceux, dit-il, qui ont une valeur fixe et permanente, comme, par exemple, l'argenterie (t. III, n° 760).

Le texte de l'article 1062 est général; et il faut ajouter que cette supposition que certains meubles corporels, tels que l'argenterie, auraient une valeur invariable et indépendante du temps et des circonstances, n'est pas, à beaucoup près, exacte (comp. Duvergier sur Toullier, *h. l.*, note 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 46).

498.—Il est bien entendu aussi que le grevé ne pourrait pas invoquer l'article 453, pour se dispenser de la vente.

Ce n'est pas en vertu *de la jouissance propre et légale* des biens de son enfant, qu'il a droit aux biens substitués; c'est en vertu de la disposition, qui en a été faite à son profit, sous la charge de restitution, et qui est inséparable de cette obligation de faire procéder à la vente des meubles (comp. notre *Traité de la Puissance paternelle*, nos 436 et 524; A. Dalloz, *Dict. alph.*, *h. v.*, nos 444, 445; Ancelot, sur Grenier, t. III, n° 388, note *d*).

499. — La vente doit être faite avec publicité et concurrence, sans qu'il soit nécessaire néanmoins que le grevé obtienne, à cet effet, une ordonnance de justice. (*Voy.* Furgole, sur l'art. 8 du tit. II de l'*Ordonn.* de 1747; Troplong, t. IV, n° 2275.)

Elle doit être faite, en présence du tuteur à la substitution (arg. de l'art. 1073).

Et comme la loi ne détermine pas le délai dans lequel le grevé devra y faire procéder, c'est au tuteur qu'il appartient de l'y provoquer, s'il n'y procédait pas aussitôt que possible.

Remarquons, d'ailleurs, que l'article 1065 suppose que la vente devra être faite, au plus tard, dans les six mois à compter de la clôture de l'inventaire, puisqu'il exige que l'emploi du prix, qui en proviendra, soit fait lui-même dans ce délai. (Comp. Coin-Delisle, art. 1062, n° 3; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 388, note *c*; De-

mante, t. IV, n° 228; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 46.)

500. — Cette règle, que tous les meubles corporels, compris dans la substitution, doivent être vendus, comporte deux exceptions, que notre Code a textuellement admises; nous verrons s'il n'en existe pas encore une troisième, quoiqu'il ne la mentionne pas. (*Infra*, n° 505.)

La première est écrite dans l'article 1063, en ces termes :

« Les meubles meublants, et autres choses mobiliè« res, qui auraient été compris dans la disposition, à la « condition expresse de les conserver en nature, seront « rendus dans l'état où ils se trouveront, lors de la res« titution. »

C'est là un tempérament très-intelligent de la généralité de notre règle, et qui donne satisfaction à des convenances, dont il était impossible de ne pas tenir compte; on conçoit, en effet, que le disposant puisse avoir des motifs d'affection ou autres, pour désirer que certains meubles soient conservés en nature, des tableaux, par exemple, ou de l'argenterie de famille; ou pour vouloir que le grevé en ait la jouissance en nature, lors même qu'il s'agirait de meubles, auxquels il n'attacherait pas un prix d'affection (comp. art. 452 *in fine;* et notre *Traité de la Minorité*, etc., t. I).

Il est notable que cette exception, telle que l'admet l'article 1063, est beaucoup plus large que celle qui avait été admise par l'Ordonnance de 1747.

En effet, d'après l'article 5 du titre I de l'Ordonnance, les meubles et effets mobiliers ne pouvaient être l'objet d'une substitution particulière, qu'autant que le disposant avait ordonné expressément qu'ils seraient vendus et qu'il serait fait emploi du prix; l'article 7 n'exceptait que *les meubles meublants et autres choses mobilières, qui servent à l'usage des châteaux ou maisons, où ils seront*, et

qui pouvaient être l'objet d'une substitution même particulière, pour être conservés en nature, quand le disposant l'avait expressément ordonné. (Comp. art. 8 du tit. II.)

C'est que, en effet, l'esprit de l'ancienne Ordonnance paraît avoir été d'autoriser principalement les substitutions des immeubles; et si elle avait admis que les meubles se trouvaient compris dans les substitutions universelles, du moins avait-elle voulu qu'ils ne pussent être l'objet d'une substitution particulière que sous la condition qu'ils seraient vendus.

Nous n'avons aujourd'hui rien de pareil. (Comp. *supra*, n° 438.)

D'une part, les substitutions particulières de meubles sont certainement permises (arg. de l'art. 1048); et cela, sans aucune condition spéciale, et lors même que le disposant n'en aurait pas expressément ordonné la vente; l'article 1062, qui ordonne cette vente, suffit dans ce cas, comme dans tous les autres;

Et, d'autre part, le disposant peut ordonner la conservation en nature de tous les meubles quelconques, qui sont compris dans la charge de restitution, non-seulement de ceux qui servent à l'ornement des châteaux ou maisons, mais aussi de tous autres.

Ce qu'il faut seulement, c'est que la manifestation de sa volonté à cet égard soit expresse, c'est-à-dire certaine et non équivoque (comp. Coin-Delisle, art. 1063, n° 1; Colmet de Santerre, t. IV, n° 224 *bis*).

501. — Et, dans ce cas, c'est-à-dire lorsque le disposant a ordonné expressément la conservation de certains meubles en nature, il est tout simple que l'obligation du grevé se borne à les rendre, lors de l'expiration de son droit, dans l'état où ils se trouveront, non détériorés par son dol ni par sa faute; car il a eu le droit d'en jouir; et il ne saurait être responsable ni des suites de cette jouissance, ni moins encore de la dépréciation, qui serait

le résultat du temps (arg. de l'art. 589; comp. notre *Traité de l'Usufruit*, etc., t. II, n° 295).

502. — La seconde exception se trouve dans l'article 1064, qui est ainsi conçu :

« Les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les « terres seront censés compris dans les donations entre- « vifs ou testamentaires desdites terres; et le grevé sera « seulement tenu de les faire priser et estimer, pour en « rendre une égale valeur, lors de la restitution. »

Cet article est la reproduction presque littérale de l'article 6 du titre I de l'Ordonnance de 1747; et il a été certainement inspiré aux législateurs de ces deux époques par l'intérêt de l'agriculture, qui est, en effet, un intérêt public de premier ordre!

Trois conséquences en résultent, à savoir :

1° Que les bestiaux et ustensiles aratoires servant à faire valoir une terre, sont compris dans la donation entre-vifs ou le legs de cette terre :

2° Que le grevé ne doit pas les faire vendre;

3° Qu'il doit, lors de l'expiration de son droit, rendre des bestiaux et ustensiles en nature, d'une égale valeur.

Les deux premières conséquences ne sont aujourd'hui que l'expression du droit commun; et la vérité est qu'elles dérivent non pas de l'article 1064, mais plutôt de l'article 524, qui a généralisé la théorie des immeubles par destination; si les auteurs de notre Code ont reproduit, dans la première partie de l'article 1064, cette disposition de l'article 6 du titre I de l'Ordonnance, c'est que le titre *des Donations entre-vifs et des Testaments*, qui est du 12 floréal an XI (3 mai 1803), a été décrété avant le titre *de la Distinction des biens*, qui n'est que du 4 pluviôse an XII (23 janvier 1804); et il est vraisemblable que la rédaction de l'article 1064 aurait été modifiée, si la règle générale, dont il n'est maintenant qu'une application, eût été déjà établie (comp. notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. I, n° 222).

Quoi qu'il en soit, il faut tenir pour certain que les deux premières conséquences, que nous déduisons de l'article 1064, sont applicables, non-seulement aux bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, mais plus généralement à tous les biens meubles, que notre Code déclare immeubles par destination; lesquels sont compris aussi dans la disposition faite avec charge de restitution de l'immeuble, dont ils sont des accessoires, et ne doivent pas non plus être vendus.

505. — Mais il en est autrement de la troisième conséquence, qui résulte de l'article 1064, et d'après laquelle le grevé est tenu de restituer, non pas la valeur, en argent, des bestiaux et des ustensiles, servant à faire valoir les terres substituées, mais des bestiaux et des ustensiles en nature, *d'une valeur égale* à ceux qu'il a reçus.

Tels étaient les termes de l'Ordonnance (tit. II, art. 6), qui, par le même motif d'intérêt général, pour lequel elle avait voulu que la terre fût remise au grevé, toute garnie de ses instruments d'exploitation, voulait qu'elle fût restituée aussi toute garnie par le grevé aux appelés; et voilà pourquoi elle l'obligeait à restituer des bestiaux et des ustensiles de même espèce et d'égale valeur : « ....*si bien*, disait Furgole, *que, s'il était reçu à rendre les mêmes corps, de même faudrait-il qu'il en parfournît la même valeur.* » (*Voy.* l'article 6 précité.)

C'est évidemment la même obligation, que notre Code lui impose; et ces mots de l'article 1064 : *pour en rendre une égale valeur*, expriment, en effet, d'une manière seulement peut-être moins correcte, la même idée que ceux de l'article 6 de l'Ordonnance : *pour en rendre d'égale valeur*. (Comp. *supra*, n° 488.)

C'est-à-dire que la loi fait, au grevé, la même condition qu'à un preneur à cheptel. (Comp. art. 1826; notre *Traité de la Distinction des biens*, t. I, n°s 231 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 46; Ancelot, sur Grenier,

t. III, n° 388, note *a;* Troplong, t. IV, n° 2276; Colmet de Santerre, t. IV, n° 226 *bis.*)

504. — Cette troisième conséquence de l'article 1064, loin d'être, comme les deux autres, l'expression du droit commun, y est, au contraire, une dérogation notable!

Car, précisément, nous venons de voir que, d'après le droit commun, lorsque certains meubles compris dans la substitution ne sont pas vendus, et que le grevé les conserve en nature, il n'est tenu, lors de la restitution, de les rendre que dans l'état où ils se trouvent. (*Supra*, n° 501.)

D'où il faut conclure que le droit commun reprendrait son empire, à l'égard de tous les biens immeubles par destination, autres que les bestiaux et les ustensiles aratoires, qui seraient compris dans la substitution, et qu'il suffirait au grevé de les rendre dans l'état où ils se trouveraient.

L'article 1064, en effet, n'excepte que les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres.

Et aucun texte n'autoriserait à généraliser cette exception, qui est uniquement fondée sur l'intérêt de l'agriculture, c'est-à-dire sur un motif inapplicable dans les autres cas (comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 224 *bis*, II).

505.— L'article 9 du titre II de l'Ordonnance de 1747 admettait encore une troisième exception à la règle, d'après laquelle le grevé est tenu de faire vendre les meubles compris dans la substitution; et il laissait à la prudence des juges de l'autoriser à les conserver, en tout ou en partie, en les imputant, suivant la prisée, sur les prélèvements qu'il pouvait avoir à exercer.

Quoique notre Code n'ait pas reproduit cette exception, nous croyons qu'il y aurait lieu de l'admettre encore; il est, en effet, certains meubles, que le grevé peut légitimement souhaiter de pouvoir conserver en nature; or, l'on ne voit pas pour quel motif on s'y oppo-

serait, dès qu'il les impute sur les prélèvements, qu'il a le droit d'exercer; et cela, d'après la prisée authentique, qui en a été faite, et avec l'homologation de la justice; il y va même de l'intérêt de la substitution, si ce prélèvement des meubles doit faire qu'elle comprenne d'autant plus d'immeubles! (Comp. notre *Traité des Successions,* t. IV, n°s 476 et suiv.; Grenier, t. III, n° 389; et Ancelot, *h. l.*, note *b;* Vazeille, art. 1062, n° 1; Toullier, t. III, n° 763; Rolland de Villargues, *Répert. de Favard,* v° *Substitution,* chap. II, sect. 2, § 4, n° 16; Coin-Delisle, art. 1064, n° 2; Troplong, t. IV, n° 2277.)

506.—IV.—*De l'emploi des deniers.* (*Supra,* n° 460.)

Article 1065 : « Il sera fait par le grevé, dans le dé-
« lai de six mois, à compter du jour de la clôture de
« l'inventaire, un emploi des deniers comptants, de ceux
« provenant du prix des meubles et effets, qui auront
« été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs. »
« Ce délai pourra être prolongé, s'il y a lieu. »

Article 1066 : « Le grevé sera pareillement tenu de
« faire emploi des deniers provenant des effets actifs,
« qui seront recouvrés, et des remboursements de rentes;
« et ce, dans trois mois au plus tard, après qu'il aura
« reçu ces deniers. »

Cette mesure est très-sage; car s'il importe de veiller à la garantie des droits des appelés, c'est surtout en ce qui concerne les capitaux, qui pourraient être si facilement compromis et perdus même, d'une manière irréparable, par les imprudences ou par les dissipations du grevé!

Et, pourtant, il paraît qu'aucune précaution n'était prise, à cet égard, dans le Droit antérieur à 1747. (Comp. Furgole, sur l'art. 10, tit. II de l'*Ordonn.*)

Mais le rédacteur de l'Ordonnance y avait sagement pourvu. (Comp. articles 10 à 17, tit. II.)

Et c'est à son exemple, que notre Code exige aussi l'emploi des deniers substitués.

a. Dans quel délai cet emploi doit-il être fait?

b. De quelle manière?

c. Et quelles personnes doivent y veiller?

C'est ce que nous avons à exposer.

507. — *a*. — Le vœu du législateur est que l'emploi soit fait dans le plus bref délai possible; mais pourtant il faut bien laisser au grevé le temps d'y aviser.

En conséquence, le délai est de six mois, à dater de la clôture de l'inventaire, quant aux deniers recueillis en nature, au prix des meubles vendus, et aux recouvrements opérés jusque-là (comp. art. 455).

Quant aux recouvrements postérieurs, que le grevé a pu prévoir, et dont il a pu chercher d'avance le placement, le délai n'est que de trois mois. (Comp. l'art. 13, tit. II de l'Ordonnance de 1747.)

L'un et l'autre délai d'ailleurs nous paraît pouvoir être, s'il y a lieu, prolongé par le juge.

Coin-Delisle a, toutefois, exprimé le sentiment contraire (art. 1065, n° 2), qui est aussi celui de M. Duvergier (sur Toullier, t. III, n° 760, note *a*).

Il est vrai que l'article 1065, qui autorise expressément cette prolongation, n'est relatif qu'au délai de six mois. Mais est-ce que les circonstances ne peuvent pas exiger de même que le délai de trois mois soit prolongé?

Nous le croyons ainsi, et que cette prolongation peut être, dans un cas comme dans l'autre, commandée par l'intérêt même de la substitution; c'est donc, à notre avis, sous cette réserve tacite que l'article 1066 exige que l'emploi soit fait dans les trois mois *au plus tard*.

508. — Le point de départ du délai de six mois est, dit l'article 1065, la clôture de l'inventaire.

Mais il y a des cas où le grevé n'est pas tenu de faire procéder à un inventaire. (*Supra*, n° 483.)

Il serait alors naturel de décider que les six mois commenceront à courir du jour où le grevé aura été saisi des

biens substitués, que l'acte de disposition désigne, en les lui conférant.

En cas de doute, il y aurait lieu de faire déterminer par le juge ce point de départ, ainsi que cela se pratiquait sous l'empire de l'Ordonnance, qui, en effet, n'avait pas elle-même fixé le délai pour le premier cas (comp. l'art. 12, tit. II).

509. — Notre Code ne renferme aucune disposition pour le cas où le grevé laisserait expirer les délais de six mois ou de trois mois, sans faire l'emploi, qui lui est prescrit.

Nous allons voir, toutefois, qu'il ajoute, dans l'article 1068, que cet emploi doit être fait à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution. (*Infra*, n° 515.)

Et il en résulte certainement, pour celui-ci, le droit et le devoir de poursuivre en justice le grevé, afin de le contraindre à trouver un emploi.

Il n'est pas douteux non plus que le tuteur serait, suivant les cas, fondé à demander que, en attendant, les fonds fussent déposés à la caisse des dépôts et consignations, et même à former des oppositions au payement entre les mains des débiteurs, qui ne se seraient point encore libérés (comp. art. 15, tit. II de l'Ordonn. de 1747; Ordonnance du 3 juillet 1816; Toullier, t. III, n° 762; Coin-Delisle, art. 1065, n° 2; Troplong, t. IV, n° 2281).

510. — *b.* — Aux termes de l'article 1067 :

« Cet emploi sera fait conformément à ce qui aura été « ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la « nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait; « sinon, il ne pourra l'être qu'en immeubles ou avec pri- « vilége sur des immeubles. »

Ainsi, d'abord, on doit se conformer à la volonté du disposant, s'il a lui-même ordonné un mode d'emploi.

Telle est la règle.

Mais supposons pourtant, soit que le mode d'emploi qu'il a ordonné, ne puisse pas être trouvé; soit qu'il n'offre plus actuellement de garantie.

Le disposant, par exemple, a ordonné que les fonds substitués seraient placés sur hypothèque; et ni le grevé, ni le tuteur ne peuvent réussir à trouver un bon placement hypothécaire; eh bien! alors, il faudra faire un autre emploi; seulement, on devra en chercher un, qui se rapproche, le plus possible, de celui qui avait été ordonné par le disposant : c'est ainsi que la Cour de Dijon a jugé, avec raison, suivant nous, qu'un placement hypothécaire ou privilégié sur des immeubles, pouvait être remplacé par des obligations du Crédit foncier de France. (16 août 1861, Guillemot, Dev., 1861, II, 543.)

Pareillement, est-ce qu'il serait raisonnable de faire l'emploi, que le disposant avait ordonné, si cet emploi, au moment où il s'agirait de le faire, était certainement devenu mauvais; comme si, un testateur ayant ordonné que les capitaux substitués seraient placés en actions dans une compagnie de finance fort en crédit, à l'époque de la confection de son testament, ces actions se trouvaient, au contraire, tout à fait dépréciées, à l'époque de son décès! (Argum. des art. 1188, 1913.)

Mais ce sont là des exceptions, qu'il ne faut admettre qu'en grande connaissance de cause, et autant seulement que l'exige l'évident intérêt de la substitution.

Autrement, c'est la volonté du disposant, qui doit être observée.

510 *bis*. — D'après l'article 11 du titre II de l'Ordonnance de 1747, lorsque le disposant n'avait pas expliqué ses intentions sur l'emploi des deniers substitués, ces deniers devaient être employés d'abord *au payement des rentes et autres charges, dont les biens substitués seraient tenus, si ce n'est qu'il fût plus avantageux à la substitution de continuer de payer les arrérages desdites rentes et char-*

ges, que d'en rembourser les capitaux; ce que nous laissons, disait l'article, *à la prudence des juges.*

Quoique notre Code n'ait pas reproduit textuellement cette disposition, nous croyons qu'il y a lieu de l'observer encore; car elle est conforme aux principes et à la raison.

La substitution ne peut porter que sur l'actif net; il y a donc lieu d'en déduire, avant tout, les dettes; ce sera souvent, en effet, un acte de bonne administration que d'en opérer le remboursement; et il n'y a pas d'emploi plus sûr que celui-là! (Comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 229 *bis*, I.)

511. — Régulièrement, l'emploi doit être fait en immeubles ou avec privilége sur des immeubles (art. 1067).

En immeubles; ce qui vraisemblablement suppose, dans le texte de 1804, des biens immeubles par leur nature; et nous croyons, en effet, que ce sont là les immeubles, qu'il faut s'efforcer d'acquérir comme emploi.

Mais pourtant, si l'on n'en trouvait pas, ou si ceux que l'on trouvait, n'offraient pas les conditions nécessaires d'un bon placement, pourrait-on acquérir des immeubles fictifs, comme des actions de la Banque de France immobilisées? nous le croirions ainsi. (Comp. *supra*, n° 509; notre *Traité de la Distinction des biens*, t. I, n° 378 et suiv.; art. 46 de la loi du 3 juill. 1862; Rouen, 21 juin 1856, Delamotte, Dev., 1857, II, 171.)

512. — *Avec privilége sur des immeubles;* ce qui ne se peut faire qu'en achetant des créances privilégiées sur des immeubles (art. 2112), ou en les payant avec subrogation (art. 2103, 2° et 5°); car, le privilége est un droit attaché à la qualité de la créance, qui ne peut pas être créé, comme l'hypothèque, par la convention des parties (art. 2095; comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. IV, n° 392).

Aussi, ce mode de placement peut-il n'être pas toujours facile à trouver!

513. — Et de là précisément est venue la question de

savoir si l'emploi avec privilége sur un immeuble, ne peut pas être remplacé par un emploi avec première hypothèque sur un immeuble qui ne serait grevé ni de privilége ni d'hypothèque légale?

Non! a-t-on répondu : le texte est formel; il est vrai qu'à l'époque où l'article 1067 fut rédigé, les auteurs du Code n'avaient pas encore posé les bases du nouveau régime hypothécaire; mais précisément, ce qu'il en faut conclure, c'est que, convaincus, comme beaucoup d'entre eux l'étaient, en effet, des dangers de l'ancien régime des hypothèques occultes, ils ont voulu exiger une garantie indépendante de ce régime, c'est-à-dire un vrai privilége; et la vérité est que l'on ne peut jamais être tout à fait sûr, même avec une hypothèque première inscrite, de n'être pas primé par une hypothèque légale dispensée d'inscription. (Comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 229 *bis*, II.)

D'après une autre opinion, au contraire, le mot : *privilége*, ne serait pas employé, par notre article, dans son sens technique; et il exprimerait seulement une cause de préférence sur un immeuble; d'où il suivrait que l'emploi pourrait être fait non-seulement avec une première hypothèque, mais encore, suivant les cas, avec une seconde ou une troisième, etc. (Comp. Vazeille, art. 1067, n° 1.)

Ce que nous croyons, pour notre part, c'est qu'il faut entendre le mot : *privilége*, de l'article 1067, dans son sens technique; et que c'est, en conséquence, le devoir du grevé et du tuteur à la substitution de s'efforcer d'en trouver un. (Comp. Duvergier sur Toullier, t. III, n° 760, note *b*.)

Mais pourtant, s'ils n'en trouvaient pas, une première hypothèque sur un immeuble libre pourrait-elle y suppléer?

Et même, à défaut d'hypothèque, des obligations du crédit foncier pourraient-elles être acquises en emploi?

Nous serions porté à répondre affirmativement. (*Supra*, n° 509; art. 46 de la loi du 3 juill. 1862; comp. Toullier, t. III, n° 760; Rolland de Villargues, *Répert.* de Favard, v° *Substitution*, chap. II, sect. II, § 4, n° 23; Duranton, t. IX, n° 574; Coin-Delisle, art. 1067, n° 1; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 389, note *a*; Troplong, t. IV, n° 2280; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 47; Massé et Vergé, t. III, p. 198; Saintespès-Lescot, t. III, n° 1788.)

514. — Il est bien entendu que les actes d'acquisition ou de placement dressés à cet effet, doivent indiquer l'origine des deniers et le but des acquisitions ou des placements (comp. *infra*, n° 523).

515. — *c.* L'article 1068 est ainsi conçu :

« L'emploi ordonné par les articles précédents sera « fait en présence et à la diligence du tuteur nom« mé pour l'exécution. » (Comp. art. 1073; *supra*, n° 509.)

Le tuteur doit donc provoquer le grevé à faire l'emploi qui lui est prescrit.

Et, en outre, il doit concourir à l'opération; le législateur ayant trouvé, dans sa présence, tout à la fois une garantie de la régularité de l'emploi, et une assurance contre les remboursements, qui pourraient être faits à son insu (comp. *infra*, n° 564).

516. — C'est d'après le droit commun, en matière de responsabilité, qu'il faudrait décider dans quels cas et jusqu'à quelle mesure le grevé et le tuteur à la substitution, pourraient être déclarés responsables, envers les appelés, des conséquences dommageables de l'emploi, qui aurait été fait par eux.

Il y faudrait, sans doute, une faute d'une certaine gravité; car le grevé gère sa propre affaire; et le tuteur à la substitution remplit un office gratuit! mais enfin, s'il y avait eu, de leur part, une faute telle, qu'elle ne parût point excusable, ils devraient en encourir la responsabilité envers les appelés; c'est là surtout une question de

fait. (*Voy.* les art. 450, 1382, etc.; comp. notre *Traité de la Minorité*, *de la Tutelle*, etc., t. II, n° 108.)

517. — V. *De la transcription ou de l'inscription au bureau des hypothèques des actes relatifs à la substitution.* (*Supra*, n° 460.)

On a coutume de dire que la publicité des substitutions est prescrite dans l'intérêt des tiers; à la différence des autres mesures, que nous venons d'exposer, et qui sont prescrites dans l'intérêt des appelés.

Il est vrai que les tiers sont intéressés à connaître la substitution, afin de n'être pas trompés sur la fortune du grevé, et de savoir, s'ils veulent contracter avec lui, qu'il ne peut concéder sur les biens substitués que des droits résolubles.

Mais, comme le défaut de publicité est, dans beaucoup de cas, et des plus importants, opposable par les tiers aux appelés, et que ce sont ceux-ci qui en souffrent, on est autorisé à dire que la publicité de la substitution est également prescrite dans leur intérêt.

518. — Quoi qu'il en soit, cette mesure était nécessaire! car on se rappelle que, précisément, l'un des plus sérieux griefs, qui s'élevaient contre les anciennes substitutions fidéicommissaires, c'est qu'on les représentait comme autant de piéges tendus à la bonne foi des tiers, qui se laissaient prendre à ces apparences de fortune, que l'ouverture de la substitution venait détruire en un moment! (Comp. le tome I, n° 86.)

Aussi, déjà dans notre ancien Droit, y avait-il été pourvu par l'Ordonnance de 1747, qui n'avait fait elle-même que résumer, sur ce point, les dispositions de plusieurs Édits, Déclarations et Ordonnances antérieures. (Comp. l'Ordonn. de Moulins du mois de février 1566, art. 57; la Déclaration du 16 novembre 1690; la Déclaration de Louis XIV, du 18 janvier 1712; et les articles 18 à 41 de l'Ordonn. de 1747.)

Et c'est dans l'Ordonnance de 1747, que les rédac-

teurs du Code Napoléon en ont, à leur tour, puisé les règles.

519. — Ces règles sont encore aujourd'hui telles que le Code Napoléon les a décrétées.

L'article 11 (6e alinéa) de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, est, en effet, ainsi conçu :

« Il n'est point dérogé aux dispositions du Code Napo-« léon relatives à la transcription des actes portant dona-« tion ou contenant des dispositions à charge de rendre; « elles continueront à recevoir leur exécution. » (Comp. le tome III, n° 243.)

C'est ainsi que les testaments, qui contiennent des dispositions à charge de rendre, demeurent soumis à la formalité de la transcription, encore bien que, d'après l'article 1er de la loi du 23 mars 1855, cette formalité ne concerne, en règle générale, que les actes entre-vifs. (Comp. *infra*, nos 521 et 532; Mourlon, *Traité de la Transcription*, t. I, n° 5; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 50.)

520. — Deux points principaux doivent être l'objet de notre examen; à savoir :

a. — Dans quels cas, et de quelle manière la disposition à charge de rendre doit être rendue publique;

b. — Quels sont les effets soit de la transcription, soit du défaut de transcription ou inscription.

521. — *a.* L'article 1069 est ainsi conçu :

« Les dispositions par actes entre-vifs ou testamen-« taires, à charge de restitution, seront, à la diligence « soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l'exécution, « rendues publiques; savoir : quant aux immeubles, par « la transcription des actes sur les registres du bureau « des hypothèques du lieu de la situation; et, quant « aux sommes colloquées avec privilége sur des immeu-« bles, par l'inscription sur les biens affectés au privi-« lége. »

Dans l'ancien Droit, la substitution fidéicommissaire

était soumise à la double formalité de l'insinuation au greffe de tribunaux et de la publication à l'audience tenante (art. 18 et 19 du tit. II de l'Ordonn. de 1747; *supra*, n° 518).

Notre Code n'exige, au contraire, qu'une seule formalité; à savoir : la transcription, quand il s'agit d'immeubles substitués, ou l'inscription, quand il s'agit de créances colloquées avec privilége.

Mais il l'exige, à l'exemple de l'ancien Droit, pour les dispositions faites par testament, comme pour les dispositions faites par donation entre-vifs.

522. — L'acte, qui doit être rendu public, n'est pas, d'ailleurs, toujours le testament ou la donation entre-vifs, qui renferme la substitution, et dont la publicité, en effet, ne serait pas toujours suffisante pour la révéler aux tiers.

Ce qui doit être publié, par le moyen de la transcription ou de l'inscription, c'est, plus généralement, l'acte d'où dérive, pour le grevé, la charge de restitution, c'est-à-dire l'acte même, dont il est important, pour les tiers, de connaître l'existence (arg. de l'art. 1069).

En conséquence, de deux choses l'une :

Ou il s'agit d'immeubles, dont la propriété est comprise dans la substitution;

Ou il s'agit de créances colloquées avec privilége ou avec hypothèque.

523. — Dans le premier cas, si c'est par l'acte même de donation entre-vifs ou de testament, que des immeubles ont été donnés ou légués avec charge de restitution, c'est cet acte qu'il faut transcrire.

Mais il est évident, au contraire, que la transcription de cet acte n'atteindrait pas le but de publicité, que la loi se propose, s'il s'agit d'immeubles, qui ont été acquis avec les deniers laissés par le défunt, ou provenant, soit de la vente des meubles, soit des remboursements effectués par les débiteurs des créances substituées; ce qu'il

faut alors transcrire, c'est l'acte d'acquisition, qui doit, en effet, comme nous l'avons dit, constater l'origine des deniers et le but de l'emploi ou du remploi (*supra*, n° 514; comp. art. 23 du tit. II de l'Ordonn. de 1747; Cass., 10 août 1852, l'Administr. de l'Enregistr., Dev., 1852, I, 716).

Enfin, si on suppose l'hypothèse de l'article 1052, et qu'une première disposition entre-vifs ayant été faite sans charge de restitution, une seconde disposition entre-vifs ou par testament soit faite sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge, il ne suffirait pas de transcrire, séparément et isolément, chacun de ces actes; puisque les tiers, qui traiteraient avec le grevé sur les immeubles compris dans la première donation, ne seraient pas avertis, par la transcription de ce premier acte, de la charge de rendre, dont ils n'ont été affectés que par le second acte; et il faudra que, outre la transcription de ce second acte, une mention ou annotation de cette transcription soit faite en marge de la transcription du premier acte. L'article 1069 n'a pas, il est vrai, prévu textuellement ce cas; mais c'est la nécessité même des choses qui commande ce mode de procéder (comp. Grenier, t. III, n° 390; Duranton, t. IX, n° 575; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 48; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n°s 232 et 232 *bis*, I; Mourlon, *de la Transcription*, t. I, n° 6, et t. II, n° 430).

524. — Dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, c'est par l'inscription sur les immeubles affectés du privilége, que la substitution doit être rendue publique (*supra*, n° 522).

S'il s'agit de créances ou de rentes comprises dans l'acte même de disposition, et à raison desquelles des inscriptions auraient déjà été prises par le disposant, l'inscription de la charge de rendre consistera dans

l'annotation de cet acte, en marge des inscriptions existantes.

Et, pour ce qui concerne les capitaux placés en remploi, l'inscription qui sera prise par le grevé, devra contenir l'énonciation de la substitution (*voy.* les citations, *supra*, n° 523).

525. — Notre Code n'a soumis à aucune condition de publicité la substitution, en tant qu'elle s'applique aux autres biens meubles, soit corporels soit incorporels.

Outre que la transcription est une mesure tout à fait étrangère aux dispositions des biens meubles corporels, la règle que, en fait de meubles, possession vaut titre, devrait nécessairement, pour ces sortes de biens, protéger les tiers contre les conséquences de la substitution, et de la résolution dont elle frappe les droits du grevé (art. 2279).

526. — Quant aux sommes, qui ont été placées par le disposant lui-même, en valeurs autres que celles indiquées par l'article 1067, ou qui ont dû être placées, conformément à sa volonté, par le grevé, en dehors aussi des conditions exigées par cet article, notre texte n'ordonne non plus aucune mesure de publicité.

Mais nous avons déjà remarqué qu'il y avait lieu, dans ce cas, de faire mention de la substitution sur les titres mêmes, qui devaient être rendus nominatifs, de manière à avertir les tiers et à garantir les droits des appelés (*supra*, n° 496).

527. — *b.* Lorsque les conditions de publicité prescrites par l'article 1069, ont été remplies, la substitution est opposable aux tiers, sans qu'ils soient recevables à prétexter d'ignorance.

Et, par conséquent, en règle générale, les droits, qu'ils auraient pu acquérir du chef du grevé, sur les biens qui s'y trouvent compris, sont résolus, comme celui de leur auteur, par l'ouverture de la substitution (comp. *infra*, n° 607).

528. — En faut-il aussi conclure que les débiteurs des sommes colloquées avec privilége, qui se libéreraient entre les mains du grevé, postérieurement à l'ouverture de la substitution, au profit des appelés, pourraient être contraints à payer une seconde fois?

Nous sommes porté à le croire ainsi; et que, par le même motif que les concessions qui auraient été consenties par le grevé, pendant la durée de son droit, seraient résolues, les remboursements, qui lui auraient été faits après l'expiration de son droit, devraient être déclarés nuls; car la même publicité, qui avertissait les tiers cessionnaires, a dû avertir aussi les débiteurs.

On doit, toutefois, suivant nous, excepter le cas où le grevé, même après l'ouverture de la substitution, aurait pu être considéré par les débiteurs, qui l'ignoraient, comme étant encore en possession de la créance (arg. de l'art. 1240; comp. Grenier, t. III, n° 390; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 48).

Nous nous réservons, d'ailleurs, de revenir bientôt sur ce point (*infra*, n° 564).

529. — Il est bien entendu que, dans ce qui précède, nous supposons, en effet, que les conditions prescrites par l'article 1069, ont été remplies, c'est-à-dire que la transcription ou l'inscription a eu lieu (*supra*, n° 527).

En effet, aux termes de l'art 1071 :

« Le défaut de transcription ne pourra être suppléé
« ni regardé comme couvert par la connaissance, que
« les créanciers ou les tiers-acquéreurs pourraient avoir
« eue de la disposition par d'autres voies que celle de
« la transcription. » (Comp. l'art. 33 du tit. II de l'Ordonn. de 1747.)

C'est que *les formalités*, dit Pothier, *ne se suppléent pas!* (*Des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 111, n° 499; comp. le tome III de ce *Traité*, n°s 313-314.)

530. — L'article 1071 ne mentionne que *le défaut*

de transcription; et il en est de même de l'article 1070.

Mais il est évident que la disposition de ces deux textes est générale, et comprend également *le défaut de transcription ou d'inscription.*

Tels sont les termes mêmes de l'article 1072, qui complète, en ce sens, les articles 1070 et 1071, dont il est inséparable; et c'est ce qui résulte, en effet, du motif essentiel de la loi, qui exige l'inscription de la même manière et par le même motif que la transcription (*supra*, n° 522; comp. Grenier, t. III, n° 380; Duranton, t. IX, n°s 576 et 578; Troplong, t. IV, n° 2287; Zachariæ, Aubry et Rau, t, VI, p. 48).

531. — Il nous reste maintenant à examiner le cas, où les conditions de publicité prescrites par l'art. 1069 n'ont pas été remplies (*supra*, n°s 520 et 527).

Par quelles personnes le défaut de transcription ou d'inscription peut-il être opposé?

Telle est la thèse à résoudre; thèse difficile et fort controversée!

Remarquons, d'abord, qu'aucun texte nouveau n'a déterminé un délai, dans lequel la transcription devrait être faite.

A la différence de l'Ordonnance de 1747, dont l'article 28 (tit. II) portait que :

« Lorsque la substitution aura été publiée et enregis-
« trée dans le délai de six mois, elle aura effet même
« contre les créanciers et les tiers acquéreurs, à comp-
« ter du jour de sa date, si elle est portée par un acte
« entre-vifs, ou du jour du décès de celui qui l'aura faite,
« si elle est contenue dans une disposition à cause de
« mort. »

On ne saurait nier que cette rétroactivité de la publication ne fût une garantie dans l'intérêt des appelés, contre les aliénations précipitées, que le grevé pourrait faire immédiatement après la disposition.

Quoi qu'il en soit, il serait, dans le silence de notre texte, impossible d'attribuer à la transcription aucune rétroactivité de ce genre.

531 *bis.* — Notre Code a consacré à ce sujet, deux articles, dont les termes n'offrent pas, à beaucoup près, toute la clarté, qu'il eût été désirable d'y trouver.

Article 1070 : « Le défaut de transcription de l'acte « contenant la disposition, pourra être opposé par les « créanciers et tiers acquéreurs, même aux mineurs ou « interdits, sauf le recours contre le grevé et contre le « tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou inter- « dits puissent être restitués contre ce défaut de trans- « cription, quand même le grevé et le tuteur se trouve- « raient insolvables. »

Article 1072 : « Les donataires, les légataires, ni même « les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposi- « tion, ni pareillement leurs donataires, légataires ou « héritiers, ne pourront, en aucun cas, opposer aux ap- « pelés le défaut de transcription ou inscription. »

532. — L'application de ces articles ne saurait guère soulever de difficulté, dans le cas où la disposition avec charge de rendre a été faite par testament.

Il n'y a pas alors, en effet, à distinguer deux classes d'ayants cause, à savoir : ceux du disposant et ceux du grevé, pour rechercher si les uns et les autres peuvent opposer le défaut de transcription, soit de la disposition principale, soit de la substitution.

La raison en est simple! c'est que la transcription du testament n'est pas requise, en ce qui concerne les ayants cause du testateur, et que le légataire est saisi, de plein droit, dès le jour du décès, de la propriété de la chose léguée, indépendamment de toute condition de publicité (art. 1014; comp. *supra*, n° 519).

Donc, en tant qu'il s'agit des ayants cause du disposant, les articles 1070 et 1072 sont alors inapplicables; et ils ne peuvent concerner que les ayants cause du grevé.

Où serait, par exemple, l'intérêt des ayants cause à titre onéreux du testateur à invoquer, en vertu de l'article 1070, le défaut de transcription de la substitution! et que leur importe que le légataire en premier ordre, qui est devenu, vis-à-vis d'eux, propriétaire de la chose léguée, soit ou ne soit pas grevé de restitution envers les les appelés ! ce qui résulte du défaut de transcription du testament, ce n'est pas que le legs ne sera pas opposable aux ayants cause du testateur; c'est seulement que la charge de rendre ne sera pas opposable aux ayants cause du légataire grevé.

Oh! sans doute, les créanciers du testateur pourront soutenir qu'ils ont le droit d'être payés avant les légataires, avant le grevé et avant les appelés! (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 27 et suiv., et le t. IV de ce *Traité*, n° 655.)

Ce que nous disons seulement, c'est qu'ils seront toujours dépourvus d'intérêt et de qualité pour invoquer l'article 1070, afin de se prévaloir du défaut de transcription de la substitution.

Et il ne serait pas moins impossible de concevoir comment les donataires, les légataires, ou les héritiers légitimes du testateur, autres que le grevé, invoqueraient l'article 1072, pour se prévaloir du défaut de transcription ou d'inscription de la substitution; le beau succès, en vérité, qu'ils obtiendraient, à faire décider que la charge de restitution n'existe pas! le legs fait au grevé deviendrait pur et simple; mais il n'en serait pas moins maintenu contre eux.

Le grevé, lui! légataire en premier ordre, aurait bien sans doute, intérêt à opposer le défaut de transcription; mais comment y pourrait-il être recevable, puisque c'est lui qui était chargé de faire faire cette transcription! (Art. 941.)

533. — Très-différent est le cas où la disposition avec charge de rendre a été faite par donation entre-vifs;

et tel est certainement celui que les articles 1070 et 1072 ont en vue.

Nous avons alors, en effet, deux dispositions, qui sont l'une et l'autre, soumises à la formalité de la transcription, à savoir : la donation entre-vifs, et la substitution.

Et, par suite, nous sommes en présence de deux classes d'ayants cause, qu'il est nécessaire d'avertir chacun, pour l'intérêt différent, qui le concerne, à savoir :

Les ayants cause du donateur : il faut qu'ils sachent que leur auteur est dessaisi;

Et les ayants cause du grevé : il faut qu'ils sachent que son droit est résoluble.

Aux uns donc, il importe d'apprendre l'existence de la donation; et aux autres, l'existence de la substitution.

Dans notre ancien Droit, on distinguait, effectivement ces deux mesures de publicité, qui ne se faisaient pas de la même manière ni dans les mêmes lieux :

L'insinuation de l'acte comme *donation*, prescrite par l'Ordonnance de 1731, qui avait pour but de dessaisir le donateur à l'égard des tiers et de faire qu'aucun de ses ayants cause ne pût prétendre ignorer la donation;

Et l'enregistrement et la publication de l'acte comme *substitution*, prescrite par l'Ordonnance de 1747, qui ne concernait pas les ayants cause du donateur, et dont le but était d'avertir les ayants cause du grevé, que son droit était conditionnel.

C'est ce que Pothier expliquait, avec sa clarté habituelle, en ces termes :

« .... L'insinuation des donations, disait-il, est requise pour que l'on sache que le donateur a donné son bien, afin que ses héritiers, ou ceux qui contracteraien avec lui, ne soient point induits en erreur;.... au lieu que l'insinuation des substitutions est requise, non pour qu'on sache que le donateur, auteur de la substitution, a donné, mais pour qu'on sache que le donataire est grevé de substitution, et que les biens, dont on le voit en

possession, ne sont pas libres.... » (*Des Substitutions*, sect. I, art. 4, § 2.)

Et c'était, en effet, par des textes distincts, que cette double face de la situation était alors régie :

S'agissait-il de savoir par qui pouvait être opposé le défaut de publicité de l'acte comme *donation?* c'était seulement l'Ordonnance de 1731, qu'il fallait consulter.

Et il fallait, au contraire, consulter seulement l'Ordonnance de 1747, pour savoir par qui pouvait être opposé le défaut de publicité de l'acte comme *substitution;*

Car les personnes autorisées à opposer le défaut de l'une ou de l'autre, formaient deux catégories différentes.

534. — Tel était certainement l'ancien Droit. (*Supra*, n° 525.)

Mais c'est, au contraire, une question controversée, et qui nous paraît, en effet, délicate, de savoir si tel est encore le Droit nouveau.

En d'autres termes, les articles 1070 et 1072 n'ont-ils trait qu'à la publicité de l'acte considéré comme *substitution?* d'où il résulterait que le défaut de transcription de l'acte considéré comme *donation*, serait régi par l'article 941;

Ou, au contraire, les articles 1070 et 1072 ont-ils trait à la publicité de l'acte considéré tout à la fois comme *donation* et comme *substitution?* d'où il résulterait que l'article 941, se trouverait modifié, en ce qui concerne la donation entre-vifs faite avec charge de rendre.

Il y a, toutefois, deux cas, dans lesquels cette question n'offrira pas d'intérêt;

1° C'est d'abord celui où l'acte renfermant la donation entre-vifs, grevée de substitution, aura été transcrit tout entier

Il est clair, en effet, que cette transcription, qui est aujourd'hui absolument la même pour la donation simple (art. 939) que pour la donation grevée de substitution (art. 1069), aura satisfait, en même temps, à ces deux

textes, en avertissant, à la fois, et les ayants cause du donateur, et les ayants cause du grevé.

2° C'est ensuite le cas où l'acte aurait été transcrit *pour la donation,* quoiqu'il ne l'eût pas été *pour la substitution;* ce qui peut arriver, soit que l'on suppose (comme on l'a fait, quoique ceci soit peu vraisemblable), que le conservateur, en transcrivant la donation, aurait omis de transcrire la substitution, qu'elle renferme; soit (ce qui est plus supposable) qu'une première donation, faite sans charge de restitution, ayant été transcrite, on ait omis de transcrire une seconde disposition testamentaire ou entre-vifs, qui aurait imposé cette charge aux biens précédemment donnés.

Il est clair encore que cette transcription de la donation, qui aurait satisfait aux articles 939 et suivants, en ce qui concerne les ayants cause du donateur, les rendrait non recevables à opposer le défaut de transcription de la substitution; car, ils n'y auraient aucun intérêt! pas plus d'intérêt que n'en ont les ayants cause du testateur, quand la disposition à charge de rendre a été faite par testament (*supra*, n° 532).

A plus forte raison, en est-il de même du défaut d'inscription d'une créance privilégiée, ou du défaut de transcription d'une acquisition en remploi, qui ne sont exigées que dans l'intérêt de la substitution, et ne concernent évidemment que les ayants cause du grevé.

535. — Ce qu'il faut donc supposer, pour que la question offre de l'intérêt, c'est que l'acte n'a pas été du tout transcrit, ni pour la *donation*, ni pour la *substitution.*

Et c'est dans cette hypothèse, en effet, que la controverse s'élève avec toute sa gravité.

D'après une doctrine, qui a été soutenue très-habilement, les articles 1070 et 1072 n'ont en vue que le défaut de transcription de l'acte considéré comme *substitution;* et, par conséquent, ils ne sont applicables qu'aux

ayants cause du grevé; mais ils ne dérogent, en aucune façon, à l'article 941, en ce qui concerne les ayants cause du donateur.

D'où l'on conclut que, si la disposition, avec charge de rendre, n'a pas été du tout transcrite, le défaut de transcription de l'acte considéré comme *donation*, peut être opposé, en vertu de l'article 941, par toute personne qui y a intérêt, c'est-à-dire par tout ayant cause du donateur, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit; et cela, non-seulement au grevé, mais encore aux appelés, qui ne sont, en ce qui les concerne, que des donataires postérieurs, comme le grevé lui-même.

Le principal argument de cette doctrine est puisé dans les traditions historiques.

Les articles 1069, 1070, 1071 et 1072 de notre Code ne sont, dit-elle, que la reproduction, presque littérale, des articles 18, 32, 33 et 34 du titre II de l'Ordonnance de 1747.

Or, il est certain que ces articles de l'Ordonnance ne s'occupaient que de la transcription de la *substitution*, et qu'ils réglaient les rapports des ayants cause du grevé avec les appelés, sans s'occuper des rapports des ayants cause du donateur, ni avec le grevé, ni avec les appelés; rapports, qui étaient réglés par l'Ordonnance de 1731.

Ainsi, quand l'article 32 de l'Ordonnance de 1747, auquel correspond l'article 1070, déclarait que *les créanciers et les acquéreurs pourront opposer le défaut de publication de la substitution*, on n'hésitait pas à penser, malgré la généralité de cette formule, qu'il n'avait en vue que les créanciers et les acquéreurs du grevé.

Et de même, quand l'article 34, auquel correspond l'article 1072, déclarait que :

« Les donataires, héritiers institués, légataires univer-
« sels ou particuliers, même les héritiers légitimes de ce-
« lui qui aura fait la substitution, ni pareillement leurs

« donataires, héritiers institués, et légataires universels « ou particuliers, ne pourront, en aucun cas, opposer « aux substitués le défaut de publication de la substitu- « tion; »

On regardait comme incontestable qu'il n'avait en vue que *le grevé lui-même et ses ayants cause;* c'est-à-dire les donataires *grevés de restitution,* les héritiers institués, légataires universels ou particuliers, même les héritiers légitimes *grevés de restitution,* et leurs ayants cause à titre gratuit, donataires, légataires ou héritiers;

Mais qu'il ne s'occupait nullement des donataires, légataires, ou héritiers légitimes du disposant, *autres que le grevé.*

Et pourquoi l'article 34 de l'Ordonnance s'était-il d'abord occupé des grevés eux-mêmes, donataires, légataires ou héritiers légitimes, c'est encore la tradition historique, qui en fournit l'explication.

La Déclaration du 17 novembre 1690, décidant que le défaut de publication de la substitution pourrait être opposé *par les créanciers et les tiers acquéreurs*, avait gardé le silence sur le grevé; et de là quelques jurisconsultes voulaient conclure que le grevé était, en conséquence, recevable à opposer le défaut de publication. Ricard, il est vrai, combattait cette doctrine, par le motif, bien évident! que le grevé, qui était chargé de rendre la substitution publique, ne pouvait pas se faire un titre de sa négligence. (*Des Substitut.*, Part. II, chap. XIII, sect. II, nos 12 et suiv.).

Mais, pourtant, comme le doute subsistait, la Déclaration du 18 janvier 1792 le trancha dans le sens de son opinion, en ces termes :

« Les substitutions seront publiées et enregistrées à la diligence des héritiers, soit institués, soit ab intestat, donataires, ou légataires universels ou particuliers, *lorsque leurs donations seront chargées de restitution ;*.... ne pourra

le défaut de publication être opposé, en aucun cas, aux substitués par les héritiers institués ou ab intestat, donataires, ou légataires universels ou particuliers, ni par leurs successeurs. »

Telle est la disposition, qui a passé de la Déclaration de 1712 dans l'Ordonnance de 1747 (art. 18), et que nos articles 1069, 1070 et 1072 ont eux-mêmes, à peu près littéralement, reproduite. La seule différence, c'est que l'article 1069, au lieu d'énumérer les diverses personnes, qui peuvent être grevées, *les donataires, les légataires, les héritiers légitimes*, se borne à imposer *au grevé*, en général, l'obligation de rendre la substitution publique; mais ce n'est là qu'une simple abréviation de style, qui n'empêche pas que l'article 1069 n'ait en vue les mêmes personnes que l'article 1072; d'où il suit que l'article 1072 a, en effet, pour but de sanctionner la disposition de l'article 1069, en déclarant non-recevables à opposer le défaut de transcription de la substitution, *le grevé* et tous ses ayants cause à titre gratuit.

Voilà bien aussi ce qui explique ces mots, qui se trouvaient dans l'Ordonnance, et que l'article 1072 reproduit: *ni même les héritiers légitimes;*

Mots tout à fait inexplicables, si on ne les entend pas des héritiers légitimes *grevés de substitution;* car, si l'héritier légitime n'est pas le donataire ou le légataire grevé de substitution, il n'a aucun intérêt à opposer aux appelés le défaut de transcription de la substitution, puisque le seul résultat de la chute de la substitution serait de rendre le grevé propriétaire incommutable, sans aucun profit pour l'héritier! (Comp. *supra*, n° 532.)

Tandis que ces mots s'expliquent très-bien, au contraire, quand l'héritier légitime est lui-même donataire ou légataire grevé de restitution; on a pu craindre alors, en effet, que, répudiant son titre de donataire ou de légataire, l'héritier ne prétendît qu'il pouvait opposer le défaut de transcription, en vertu de ce dernier titre, qui

ne lui imposait pas l'obligation de faire publier la substitution; et tel est, en effet, le motif, pour lequel on ajouta ces mots : *même les héritiers légitimes*, dans l'article 18 de l'Ordonnance de 1747, qui voulut déjouer cette frauduleuse combinaison, par laquelle l'héritier, grevé de substitution, tout en manquant à son obligation, et par cela même qu'il y manquerait, aurait conservé les biens affranchis de toute charge!

On ajoute, enfin, que le témoignage de nos anciens jurisconsultes confirme ces déductions; c'est ainsi que Pothier enseigne que « les héritiers *du grevé*, ni ses légataires universels, ne peuvent opposer le défaut d'insinuation de la substitution, *car ils succèdent*, dit-il, *à toutes les obligations du grevé;* » et il ajoute que : « non-seulement les successeurs universels du grevé ne peuvent opposer le défaut d'insinuation, mais que l'article 34 de l'Ordonnance veut qu'il ne puisse être opposé par les donataires et légataires particuliers des biens substitués; la raison en est que ces formalités ayant été établies *pour que ceux qui contracteraient avec le grevé,* ne puissent être induits en erreur, ce n'est qu'en faveur de ceux, qui contracteraient à titre onéreux, qu'elles sont établies, et non pas en faveur des donataires, et légataires, à qui l'acquisition, qu'ils ont faite des biens substitués, ne peut jamais préjudicier, puisqu'il ne leur en a rien coûté pour les acquérir. » (*Des Substitut.*, sect. I, art. 4, § 6; comp. Dargou, *Instit. du Droit. franç.*, t. I, p. 378; Thévenot, *des Substitut.*, sect. VI, chap. XLIII, § 3.)

Ainsi, tandis que, d'après l'Ordonnance de 1731, tous les ayants cause, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, du disposant, pouvaient opposer le défaut d'insinuation de la donation, à toute personne, soit au grevé, soit aux appelés, il n'y avait au contraire, d'après l'Ordonnance de 1747, que les ayants cause à titre onéreux du grevé, qui pussent opposer aux appelés le dé-

faut de publication et d'enregistrement de la substitution.

Voilà, dit-on, les traditions, que révèlent les articles 18, 32, 33 et 34 de l'ancienne Ordonnance;

Or, les articles 1069, 1070 et 1072 en sont la reproduction, pour ainsi dire, textuelle;

Donc, il est vraisemblable que les rédacteurs du Code ont entendu maintenir, sur ce point, les règles de l'ancien Droit.

Telle est la conclusion de cette doctrine (comp. Pison, *Revue crit. de Législat.*, 1859, t. XIV, p. 14 et suiv.; Mourlon, *Traité de la Transcription*, t. II, n° 430; et *Revue pratique de droit français*, 1864, t. XVII, p. 477).

536. — Quoique nous ne l'admettions pas, nous devons lui rendre cette justice qu'elle est intéressante, et qu'elle jette de précieuses clartés sur l'origine de la rédaction, peut-être un peu obscure, de nos articles.

Nous ne l'admettons pas pourtant; et notre avis est, au contraire, que, dans les articles 1069 et suivants, le Code ne distingue pas la transcription de l'acte comme *donation* de la transcription de ce même acte comme *substitution;* et que la transcription unique, qu'il exige, s'applique à l'acte tout entier, considéré à la fois comme donation et comme substitution :

1° Il est vrai que les articles 1070 et 1072 ont été empruntés aux articles 33 et 34 du titre II de l'Ordonnance de 1747; et nous ne voulons pas nier que les articles de l'Ordonnance étaient généralement interprétés en ce sens qu'il n'avaient trait qu'à la publicité de la substitution, et ne s'occupaient que des ayants cause du grevé, dans leurs rapports avec les appelés.

Nous remarquerons pourtant que cette interprétation n'était pas unanime; c'est ainsi que Furgole, sur l'ancien article 34, auquel correspond notre article 1072, enseigne formellement qu'il doit s'entendre des héritiers, des donataires et des légataires, *tant du substituant que du grevé.*

Ce dissentiment d'un auteur si autorisé témoigne, tout au moins, que le texte de cet article ne résistait pas absolument à cette interprétation, et qu'il est possible que le législateur de 1804, la lui ait donnée, en le transportant dans notre Code; d'autant plus qu'il avait, en effet, pour faire prévaloir cette interprétation, dans le Droit nouveau, des motifs, qui n'existaient pas dans l'ancien Droit.

2° Que l'ancien droit ait distingué, dans un seul et même acte, la transcription pour *donation* et la transcription pour *substitution*, on peut le comprendre; car les formalités de l'une et de l'autre n'étaient pas alors, de tous les points, les mêmes (*supra*, n°s 518 et 521).

Mais il serait difficile d'expliquer comment une semblable distinction aurait été maintenue sous l'empire du Code, où la transcription constitue une seule et unique formalité, qui s'accomplit, absolument, de la même manière et dans le même lieu, pour la donation et pour la substitution; comment, dis-je, le législateur ordonnant, sous un tel régime, la transcription d'une donation entre-vifs grevée de substitution, aurait eu la pensée de soumettre cet acte unique et indivisible à deux sortes de transcriptions distinctes, dont chacune serait régie par des principes différents !

Ce qui nous paraît, au contraire, très-vraisemblable, c'est que, en ordonnant cette transcription, le législateur nouveau a eu en vue l'acte tout entier, et que, par conséquent, les règles, qu'il a posées sur le défaut de transcription, sont, en effet, applicables à la disposition tout entière, *donation* et *substitution*.

3° Ajoutons enfin que, tandis que les anciens principes, en cette matière, favorisaient l'interprétation, qui avait été donnée de l'article 34 de l'Ordonnance, les principes nouveaux semblent, au contraire, résister à ce que l'article 1072 de notre Code reçoive aujourd'hui cette interprétation.

D'une part, en effet, dans l'ancien Droit, toute personne

pouvant être grevée de substitution, on pouvait expliquer comment, dans l'énumération que l'article 34 avait faite des *grevés*, il avait distingué *les donataires* et *les légataires* d'avec les *héritiers légitimes ;* car les donataires ou les légataires grevés pouvaient n'être pas les héritiers légitimes du disposant; tandis que, dans le Droit nouveau, la qualité de *donataire* et de *légataire*, si on veut ne l'entendre que des *grevés*, suppose nécessairement aussi la qualité d'héritier et se confond avec elle; la substitution n'étant permise qu'aux père et mère envers leurs enfants, et aux frères et sœurs, seulement lorsque à défaut d'enfants, ils laissent leur frère et sœur pour héritiers.

Et, d'autre part, si l'article 1072 ne devait s'entendre que des donataires, légataires ou héritiers légitimes *grevés de restitution*, comment expliquer que, dans la seconde partie, il ait défendu aux héritiers du grevé d'opposer aux appelés le défaut de transcription! est-ce que, en effet, aujourd'hui, les appelés peuvent avoir un intérêt contraire à celui des héritiers du grevé, puisque, à la différence de l'ancien Droit, où la substitution pouvait être faite au profit d'un seul des enfants du grevé comme au profit d'un tiers, notre substitution ne peut être faite qu'au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé, qui sont tous, en effet, *héritiers du grevé*, en même temps qu'*appelés*.

Nous savons bien que l'on a répondu qu'il n'était pas impossible de trouver, même dans notre Droit nouveau : soit un grevé, qui ne serait pas héritier du disposant, comme si la donation avait été faite à charge de rendre à une certaine époque, avant sa mort; soit un appelé, qui ne serait pas héritier du grevé, comme s'il avait renoncé à sa succession (comp. Pison, *loc. supra cit.*, p. 24, 25).

Il est vrai; mais ce sont là des hypothèses exceptionnelles, en vue desquelles l'article 1072 n'a certainement pas été fait; cet article pose, au contraire, une règle générale, qui, dans son application naturelle et ordinaire,

ne saurait comporter la même interprétation, que les anciens jurisconsultes avaient donnée à l'article 34 de l'Ordonnance.

Nous concluons donc que les articles 1070 et 1072 ont en vue le défaut de transcription de l'acte tout entier, comme donation et comme substitution.

On objecte que l'article 1072 mentionne aussi le *défaut d'inscription;* et que pourtant le défaut *d'inscription* n'est relatif qu'à la substitution.

Nous l'avons reconnu nous-même (*supra*, n° 530); et il fallait bien, en effet, que l'article 1072, pour être complet, s'appliquât à cette formalité, que les articles précédents exigent.

Aussi, ce dernier argument ne nous paraît-il pas pouvoir infirmer notre conclusion.

Maintenant, nous avons à préciser, plus spécialement, par quels ayants cause, soit du grevé, soit du disposant, peut être opposé le défaut de transcription ou d'inscription, d'après les articles 1070 et 1072.

537. — Et d'abord, aux termes de l'article 1070, le défaut de transcription peut être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs.

Par les créanciers, dit notre texte, sans distinguer s'ils sont hypothécaires ou seulement chirographaires; aussi ne doit-on pas, suivant nous, mettre en doute que le droit d'opposer le défaut de transcription appartient également aux uns et aux autres (comp. le tome III, n°s 300, 301; Colmet de Santerre, t. IV, n° 233 *bis*, II).

538. — *Par les tiers acquéreurs*, c'est-à-dire par ceux qui ont acquis à titre onéreux, soit les biens substitués, soit un droit réel sur ces biens, d'usufruit, par exemple, ou de servitude, ou même seulement un droit de bail de longue durée (comp. l'article 2 de la loi du 23 mars 1855, sur la *Transcription*).

Il ne s'agit, disons-nous, dans l'article 1070, que des acquéreurs à titre onéreux. Tel est, en général, le sens

de ce mot : *tiers acquéreur*, que la loi n'y comprend pas le *donataire* (arg. de l'article 2184); et il en est surtout ainsi, lorsqu'elle réunit, comme elle fait ici, dans la même phrase, les *créanciers et tiers acquéreurs;* la preuve en résulte aussi, d'ailleurs, de l'article 1072, dans lequel le législateur s'occupe des donataires et légataires, et autres *acquéreurs à titre gratuit.* (Comp. l'article 32 du titre II de l'Ordonnance de 1747; notre *Traité des Successions*, t. I, n° 4.)

539. — Mais si l'article 1070 ne s'applique qu'aux ayants cause à titre onéreux, du moins s'applique-t-il à tous les ayants cause à titre onéreux, de quelque cause que procède leur droit.

C'est ainsi que Furgole expliquait ces mêmes mots de l'Ordonnance : *créanciers et tiers acquéreurs.*

« Tous ceux, disait-il, qui ont contracté avec le grevé à titre non gratuit, soit pour établir quelque créance, ou pour acquérir les biens substitués, même ceux qui ont quasi contracté avec le grevé, quand même le contrat ou le quasi contrat serait antérieur à la délation des biens substitués. » (sur l'article 32 précité de l'*Ordonn.*; comp. Maynard, liv. v, chap. xcv).

540.—L'article 1070 comprend, avons-nous dit dans la généralité de ses termes, les créanciers et les tiers acquéreurs, soit du grevé, soit du disposant. (*Supra*, n° 536.)

De la même manière donc que les ayants cause à titre onéreux du grevé peuvent opposer aux appelés le défaut de transcription, de même les ayants cause à titre onéreux du disposant peuvent l'opposer tout à la fois au grevé et aux appelés (art. 941 et 1070; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 49; Colmet de Santerre, t. IV, n° 233 *bis*, I; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 380, note *a*).

541. — Grenier a écrit que les créanciers du tuteur à la substitution, et les tiers acquéreurs, auxquels il aurait

transmis les biens substitués, pourraient opposer aux appelés le défaut de transcription, en vertu de l'article 1070. (T. III, n° 380.)

Mais le tuteur à la substitution n'ayant aucun droit sur les biens substitués, ne peut pas les aliéner (art. 1599); et ses créanciers ne sauraient, non plus, prétendre que ces biens sont leur gage!

Si l'article 1070 réserve aux appelés un recours contre le tuteur à la substitution, ce n'est point dans la supposition où il aurait lui-même vendu les biens substitués, et que cette vente serait valable; supposition impossible! c'est tout simplement un recours fondé sur la négligence, que le tuteur aurait commise pour n'avoir pas fait faire la transcription (comp. Duranton, t. IX, n° 577; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 48).

542. — L'un des savants annotateurs de Grenier, M. Ancelot, en relevant aussi cette proposition, ajoute qu'il est un cas, dans lequel elle ne serait pas sans importance, à savoir : le cas où le tuteur à la substitution aurait acquis du grevé les biens substitués, avant la transcription, et les aurait lui-même revendus ou affectés hypothécairement. Il arriverait alors que les créanciers et les tiers acquéreurs du tuteur à la substitution pourraient opposer aux appelés le défaut de transcription. (T. III, n° 380, note *a*.)

Nous le croyons, en effet, ainsi; mais on voit que cette hypothèse est différente de celle que Grenier a supposée, puisque c'est par le grevé lui-même, c'est-à-dire par celui, qui en était propriétaire, que les biens substitués ont été vendus.

Et pourtant, on avait admis, autrefois, que les acquéreurs à titre onéreux des biens substitués ne pouvaient invoquer le défaut d'enregistrement et de publication de la substitution qu'autant qu'ils tenaient directement leurs droits du grevé lui-même; d'où l'on concluait que celui qui avait acquis, même à titre onéreux, ces biens, non

pas du grevé, mais de son donataire, n'était pas recevable à opposer le défaut de publication; telle était la Déclaration du roi du 18 janvier 1712, à laquelle on pensait que l'Ordonnance de 1747 n'avait pas dérogé (comp. Cass., 10 nov. 1829, Fournier, D., 1829, I, 387).

Mais cette doctrine ne serait pas admissible dans notre Droit nouveau; et il faut décider, au contraire, que les tiers acquéreurs à titre onéreux des biens substitués peuvent opposer le défaut de transcription, soit qu'ils tiennent leur droit directement du grevé lui-même, soit qu'ils le tiennent d'un ayant cause à titre onéreux ou à titre gratuit du grevé (arg. de l'article 1072; comp. *infra*, n° 546; Thévenot, *des Substitutions*, n°s 755 et suiv.).

543. — Quant aux ayants cause à titre gratuit, l'article 1072 les divise en deux classes.

1° En premier lieu, il déclare non recevables à opposer le défaut de transcription ou inscription *les donataires, les légataires, et même les héritiers légitimes* du disposant.

Cette énumération comprend d'abord certainement le grevé lui-même, donataire ou légataire, qui ne saurait invoquer l'inaccomplissement d'une formalité, qu'il était tenu de remplir (art. 1069).

Il n'y serait donc pas recevable, dans le cas où la substitution viendrait à s'ouvrir de son vivant, ainsi qu'il peut arriver dans certains cas. (Art. 1053; *supra*, n° 456.)

Et nous croyons que l'on doit déduire encore aujourd'hui de ces mots : *ni même les héritiers légitimes*, la conséquence que l'enfant, le frère et la sœur, grevé de restitution, ne pourrait pas, en renonçant à la succession du disposant, son auteur, se soustraire à cette fin de non-recevoir (comp. *supra*, n° 534; et le tome VI de ce *Traité*, n° 330).

544. — La généralité de cette énumération nous paraît aussi comprendre les donataires, les légataires et les héritiers légitimes du disposant, autres que le grevé (*supra*, n° 536).

Cela est incontestable, quant à ses héritiers légitimes ou autres successeurs universels; et il est, en effet, généralement, admis qu'ils ne peuvent opposer le défaut de transcription de l'acte, ni comme donation, ni comme substitution (art. 941, 1072; comp. le tome III, n° 320).

Mais une objection grave semble s'élever contre notre proposition, en ce qui concerne les donataires du disposant, autres que le grevé.

En effet, aux termes de l'article 941, le défaut de transcription de la donation entre-vifs peut être opposé par toute personne ayant intérêt.

Or, un second donataire entre-vifs a intérêt à opposer le défaut de transcription à des donataires postérieurs; et c'est de là que nous avons conclu qu'il y était fondé (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 298).

N'en faut-il pas, dès lors, conclure aussi qu'il peut opposer le défaut de transcription, non-seulement au grevé, mais encore aux appelés, puisque les appelés, de même que le grevé, ne sont, vis-à-vis de lui, que des donataires antérieurs, dont le titre n'est pas transcrit?

Cette objection, en effet, a paru si grave à plusieurs jurisconsultes, qu'ils ont pensé que le donataire postérieur est non recevable à opposer le défaut de transcription, non-seulement aux appelés, mais encore au grevé (comp. le tome III précité, n° 297).

Mais la vérité est, à notre avis, dans la doctrine intermédiaire, qui enseigne que les donataires postérieurs peuvent opposer le défaut de transcription au grevé, mais qu'ils ne peuvent pas l'opposer aux appelés.

Ils peuvent l'opposer au grevé, donataire en pre-

mier ordre; car l'article 941 nous semble, à cet égard formel!

Ils ne peuvent, *en aucun cas*, l'opposer *aux appelés;* voilà ce que leur défend l'article 1072; mais c'est là tout ce qu'il leur défend; et, par conséquent, il ne déroge à l'article 941 que dans l'intérêt seulement des appelés;

Différence, qu'il est facile d'ailleurs d'expliquer par la faveur particulière, qu'ont paru mériter les appelés, qui peuvent n'être pas encore conçus!

Tel était, en effet, notre ancien Droit; tandis que, d'après l'Ordonnance de 1731, le défaut de transcription de la *donation* était opposable par les ayants cause, soit à titre onéreux, *soit même à titre gratuit*, du donateur; au contraire, d'après l'Ordonnance de 1747, le défaut de transcription de la substitution n'était opposable que par les ayants cause à titre onéreux du substituant (comp. le tome III, *loc. supra cit.;* Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. III, art. 1er, § 4; et *des Substitutions*, sect. I, art. 4, § 6).

La conséquence de cette doctrine, que les articles 941 et 1072 ont, suivant nous, consacrée, c'est que les donataires postérieurs du disposant, après avoir opposé au grevé le défaut de transcription, ne pourront conserver le bien que sous la même charge de restitution, qui lui avait été imposée; c'est-à-dire qu'ils n'en seront propriétaires que sous la condition résolutoire de l'ouverture de la substitution au profit des appelés. (Comp. *infra*, n° 545; Delvincourt, t. II, p. 418; Duranton, t. IX, n° 580; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 49; Demante, t. IV, nos 237, 238; et Colmet de Santerre, *h. l.*, n° 238 *bis*.)

543. — 2° La seconde classe de personnes, qui, d'après l'article 1072, ne peuvent pas opposer aux appelés le défaut de transcription, comprend *les donataires*, *les légataires* et *les héritiers* des personnes comprises dans la

première classe; c'est-à-dire les héritiers, ou ayants cause à titre gratuit, du grevé, et les héritiers, ou ayants cause à titre gratuit, des héritiers ou ayants cause à titre gratuit du disposant.

Que les héritiers, ou autres successeurs universels, de ceux qui ne peuvent pas opposer le défaut de transcription, ne le puissent pas non plus, cela va de soi!

Mais pourquoi un ayant cause à titre particulier n'y est pas non plus recevable, c'est ce qui n'apparaît pas d'une manière aussi claire. La réponse est qu'il s'agit ici d'un ayant cause à titre gratuit, *à qui il n'en a rien coûté*, disait Pothier, *pour acquérir*. (*Des Substitutions*, sect. I, § 4, n° 6; *supra*, n° 535.)

Nous avons vu que le donataire, qui tient ses droits *du grevé*, ne peut pas, malgré l'article 941, opposer *aux appelés* le défaut de transcription de la substitution.

Qu'y a-t-il d'étonnant à ce que le donataire, qui tient ses droits *du disposant*, ne le puisse pas davantage (*supra*, n° 544)?

Les deux solutions, au contraire, nous paraissent se confirmer l'une par l'autre, et témoigner, ensemble, de ce principe qu'aucun ayant cause à titre gratuit, soit du disposant, soit du grevé, ne peut se prévaloir du défaut de transcription *contre les appelés* (comp. Bergier, sur Ricard, *Notes et Additions*, Traité III, chap. XIII, sect. II, part. II, § 5).

546. — Mais nous ne parlons que des ayants cause à titre gratuit.

Et cette doctrine ne serait pas applicable aux ayants cause à titre onéreux, lors même qu'ils ne tiendraient leurs droits que d'un donataire, d'un légataire, ou d'un héritier du donataire, du légataire, ou de l'héritier du disposant (art. 1072; comp. *supra*, n° 542).

547. — Telles sont les mesures de garantie, que le législateur a prescrites, soit dans l'intérêt des ap-

pelés, soit dans l'intérêt des tiers (*supra*, nos 460 et suiv.).

Nous terminerons cet exposé par deux observations :

La première, c'est que, aux termes de l'article 1073, le tuteur à la substitution est chargé, sous sa responsabilité personnelle, d'en surveiller, et s'il y a lieu, d'en procurer l'accomplissement (*supra*, n° 464).

La seconde, c'est que, aux termes de l'article 1074 :

« Si le grevé est mineur, il ne pourra, dans le cas même « de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre « l'inexécution des règles, qui lui sont prescrites par les « articles du présent chapitre. » (Comp. art. 942 ; *supra*, n° 475 ; et le tome III, n° 206.)

B. — *Quels sont, pendant la durée de la substitution, les droits et les obligations soit du grevé, soit des appelés.*

SOMMAIRE.

548. — Dans le silence de notre Code sur les droits et les obligations soit du grevé, soit des appelés, il est naturel de se référer aux traditions anciennes.
549. — D'après Pothier, cette matière se réduit à trois grands principes. — Exposition.
550. — I. — Le grevé est, avant l'ouverture de la substitution, propriétaire des biens substitués ; et il en doit même être considéré comme le seul et vrai propriétaire.
551. — Suite.
552. — Suite.
553. — Suite. — Le grevé doit-il être considéré, dans l'exercice actif ou passif des droits, qui concernent la propriété des biens substitués, comme le représentant des appelés ?
554. — En ce qui concerne la prescription, est-ce seulement la personne du grevé, qui doit être considérée pour savoir si elle a pu ou non courir au profit des tiers, avant l'ouverture de la substitution ?
554 *bis*. — Suite.
555. — Suite.
556. — Suite.
557. — Suite. — Le bénéfice des prescriptions, que le grevé pourrait avoir acquises, lui demeure-t-il personnel ? — Ou doit-il, au contraire, profiter aux appelés ?
557 *bis*. — *Quid*, en ce qui concerne les remises de dettes, qui auraient été faites au grevé ?

558. — Les décisions judiciaires, rendues au profit des tiers contre le grevé, sont-elles opposables aux appelés?
559. — *Quid*, des décisions judiciaires, rendues au profit du grevé, contre des tiers?
560. — Le grevé a-t-il le pouvoir de faire, relativement aux biens substitués, des transactions, qui demeurent obligatoires pour les appelés, après l'ouverture de la substitution?
560 *bis*. — Le grevé peut-il procéder, avec un tiers, au partage des biens substitués; de manière à ce que ce partage soit opposable aux appelés?
561. — Le grevé pourrait-il, dans certains cas, consentir des aliénations, même volontaires, des biens substitués; de manière à ce qu'elles fussent opposables aux appelés, après l'ouverture de la substitution?
562. — Suite.
563. — Les appelés, majeurs et capables, pourraient-ils, avant l'ouverture de la substitution, consentir à l'aliénation des biens substitués, qui serait faite par le grevé?
564. — Le grevé a-t-il qualité pour recevoir le remboursement des créances ou des rentes comprises dans la substitution, ou le prix des biens vendus, et pour en donner valable quittance aux débiteurs?
565. — Le grevé peut-il céder ou transporter les créances comprises dans la substitution?
566. — Des baux, que le grevé a pu faire des biens substitués.
567. — Le grevé doit apporter aux biens substitués, tous les soins d'un bon père de famille. — Explication. — Conséquences.
568. — Suite. — Des améliorations, qui auraient été faites par le grevé aux biens substitués.
569. — Suite. — Des frais de labour et de semences des immeubles, sur lesquels se trouvent des fruits, au moment de l'ouverture de la substitution.
570. — Des acquisitions nouvelles, que le grevé aurait pu faire.
571. — Suite.
572. — Des frais des procès, que le grevé a pu soutenir, relativement à la propriété des biens substitués.
573. — Tous les fruits des biens substitués, échus ou perçus avant l'ouverture de la substitution, appartiennent au grevé.
574. — Suite.
575. — Suite. — *Quid*, si un trésor avait été trouvé dans un fonds substitué?
576. — Faut-il appliquer au grevé l'article 618, d'après lequel l'usufruitier, qui commet des abus graves de jouissance, peut être déclaré déchu de son droit?
577. — II. — Le droit de propriété du grevé est résoluble par l'événement de la condition, qui peut donner ouverture à la substitution; et la règle est, en effet, que, lors de l'ouverture de la substitution, les droits par lui concédés à des tiers, sur les biens substitués, sont résolus, en même temps que le sien.
578. — Cette règle comporte trois exceptions: *a*. Des actes d'administration.

548. — Notre Code n'a pas déterminé quels sont, dans les substitutions, qu'il autorise, les droits et les obligations soit du grevé, soit des appelés.

Et il est, en conséquence, naturel de se référer aux traditions anciennes sur cette matière ; d'autant plus que ces traditions sont, en général, conformes au caractère juridique du droit, qui résulte de la substitution au profit du grevé et des appelés.

549. — Eh bien ! donc, Pothier déclare que *cette matière se réduit à trois principes :*

I. Le grevé est, avant l'ouverture de la substitution, le vrai et seul propriétaire des biens substitués.

II. Toutefois, son droit de propriété n'est pas incommutable; il est, au contraire, résoluble au profit du substitué, par l'événement de la condition, qui peut donner ouverture à la substitution.

III. Le substitué, avant l'ouverture de la substitution, n'a aucun droit formé par rapport au bien substitué, mais une simple espérance. (*Des Substitutions*, sect. v.)

Ces trois principes nous paraissent encore exacts; et nous allons voir qu'il y a lieu d'en déduire aussi, dans le Droit nouveau, sous certaines modifications seulement, les mêmes *corollaires*, que le grand jurisconsulte en déduisait, dans l'ancien Droit.

550. — I. Et d'abord, que le grevé soit, avant l'ouverture de la substitution, propriétaire des biens substitués, et même, comme dit Pothier, *le vrai et seul propriétaire*, c'est là une règle certaine, et qu'il faut poser, en quelque sorte, comme notre base!

Il est vrai que cette règle même semble avoir été méconnue (comp. Paris, 12 janv. 1847, Verneuil, Dev., 1847, II, 82; Vazeille, art. 1053, n° 19; *voy.* aussi le Décret du 9 fructidor an II, 20e question).

Mais, à part ces dissidences isolées, la doctrine ancienne et moderne s'accorde à reconnaître que le droit de propriété des biens substitués réside, avant l'ouverture de la substitution, dans la personne du grevé.

Réduire le grevé à la condition d'un usufruitier, cela est bien impossible! car, il est donataire ou légataire, non pas d'un droit d'usufruit, mais d'un droit de propriété; à ce point que, s'il n'était donataire ou légataire que de l'usufruit, il n'y aurait pas de substitution (article 899); le mot : *jouissance*, dont se sert l'article 1053, n'y est donc pas employé dans son sens technique (comp. *infra*, n° 627).

Sans doute, le droit de propriété du grevé est soumis à une condition résolutoire.

Mais c'est là précisément ce qui prouve sa propriété actuelle; car, la condition résolutoire, à la différence de la condition suspensive, ne fait pas obstacle à l'acquisition immédiate du droit (art. 1183).

Et encore même, nous avons vu qu'il serait plus exact de dire que la propriété du grevé est seulement *ad tempus*, et qu'elle *finit* plutôt qu'elle n'est *résolue* par l'ouverture de la substitution (comp. *supra*, n° 458; et le tome I, nos 90-92).

Quoi qu'il en soit, ce qui est incontestable, c'est qu'il faut considérer le grevé comme propriétaire des biens substitués, tant que la substitution n'est pas ouverte.

Eh! qui donc, en effet, serait propriétaire des biens substitués, si le grevé ne l'était pas! (Comp. Cass., 5 mai 1830, Bourgeois, D., 1830, I, 234; Paris, 25 juillet 1850, Hainguerlot, Dev., 1850, II, 459; Douai, 18 mars 1852, Monet, Dev., 1852, II, 337; Ricard, Part. II, n° 28; Thévenot, chap. XLII, § 8; Merlin, *Répert.*, v° *Substitution*, sect. XIV, n° 2, *in fine;* Toullier, t. III, n° 736; Duranton, t. IX, n° 585; Coin-Delisle, art. 1051, n° 30; Troplong, t. IV, n° 2237; et *de la Vente*, t. I, n° 212; Zachariæ Aubry et Rau, t. VI, p. 50.)

551. — De ce premier principe dérivent naturellement les droits du grevé.

C'est ainsi qu'il peut aliéner, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, les biens substitués; et à plus forte raison, les hypothéquer, ou y imposer des servitudes, etc.

De sorte que l'aliénation, et l'hypothèque, et la servitude, *tiennent*, disait Furgole, *pendant sa vie ou jusqu'à ce que son droit soit résolu* (sur l'article 31 du tit. II de l'Ordonnance de 1747).

552. — Par suite, ses créanciers personnels peuvent faire saisir et exproprier contre lui les biens substitués,

sous la réserve, bien entendu, des droits éventuels des appelés (comp. *infra*, n° 577; art. 1166, 2093, 2204; comp. les arrêts cités, *supra*, n° 550).

553. — Il en faut aussi tirer cette double déduction :

D'une part, que le grevé a qualité pour exercer toutes les actions, soit personnelles, soit réelles, relatives aux biens, corporels ou incorporels, compris dans la substitution;

Comme aussi, réciproquement, tous ceux qui ont des actions à exercer relativement à ces biens, peuvent les exercer contre lui.

Cette règle est certaine.

Mais quelle en est l'étendue et la conséquence?

Voilà ce qui n'est pas aussi clair.

En d'autres termes, le grevé doit-il être considéré, dans cet exercice actif ou passif des droits, qui concernent la propriété des biens substitués, comme le représentant des appelés; de sorte que ce qui aura été fait soit par lui contre les tiers, soit par les tiers contre lui, doive être réputé avoir été fait soit par les appelés, soit contre les appelés?

La question, que nous proposons, s'applique surtout à quatre cas principaux; savoir :

A la prescription;

A l'autorité de la chose jugée;

A la transaction;

Au partage.

554. — Et d'abord, en ce qui concerne la prescription, est-ce seulement la personne du grevé, qui doit être considérée pour savoir si elle a pu ou non courir au profit des tiers, avant l'ouverture de la substitution?

Grave question, qui a été, dans notre ancien Droit, fort débattue avant et même aussi après l'Ordonnance de 1747, qui ne l'avait pas tranchée.

Furgole (sur l'art. 31), et Thévenot, (chap. LV), en-

seignaient la négative, en se fondant principalement sur les lois romaines (*voy.* aussi Bergier sur Ricard, *loc. supra cit.*);

Tandis que l'affirmative était soutenue par Ricard (Part. II, nos 82 à 94), Domat (*Lois civ.*, liv. V, tit. v, sect. III, n° 13), Pothier (*des Substitutions*, sect. v, art. 1), et Dunod (*des Prescript.*, chap. IV).

La même controverse s'agite encore sous notre Code, qui a gardé le même silence que l'ancienne Ordonnance; et les auteurs sont même aujourd'hui si divisés, qu'elle n'est peut-être pas exempte de confusion.

Notre dessein ne saurait être de traiter ici complétement une thèse, qui appartient surtout au titre *de la Prescription;* et, toutefois, il nous paraît utile de l'envisager, dès à présent, par le côté qui nous intéresse, c'est-à-dire en tant qu'elle met en scène le vrai caractère des droits respectifs du grevé et des appelés.

Or, à ce point de vue, nous croyons qu'elle doit être résolue par une distinction :

Ou la prescription est invoquée par des tiers, qui ne tiennent pas leur droit du grevé;

Ou, au contraire, elle est invoquée par des tiers, qui tiennent leur droit du grevé.

Dans le premier cas, la prescription accomplie contre le grevé est, suivant nous, opposable aux appelés, lors même qu'ils seraient mineurs;

Dans le second cas, elle ne leur est pas opposable, lors même qu'ils seraient majeurs.

554 *bis.* — Nous disons d'abord que, dans le cas où les tiers ne tiennent pas leurs droits du grevé, la prescription, qui s'accomplit contre le grevé, majeur et capable, avant l'ouverture de la substitution, s'accomplit, du même coup, contre les appelés, même mineurs, sans que les droits ainsi éteints puissent ensuite revivre à leur profit.

Voilà, par exemple, le débiteur personnel d'une créance

comprise dans la substitution, qui n'ayant pas été poursuivi par le grevé, peut invoquer la prescription.

Ou bien, c'est un tiers, qui a possédé, pendant le temps et dans les conditions requises pour la prescription, un immeuble substitué, soit sans titre, comme usurpateur, soit en vertu d'un titre émané d'un autre que du grevé, *a non domino*.

Eh bien! la prescription accomplie dans ces deux cas, contre le grevé, se trouvera aussi, suivant nous, accomplie contre les appelés.

En effet, aux termes de l'article 2251, la prescription court contre toute personne, à moins qu'elle ne soit dans quelque exception établie par la loi;

Or, il nous semble qu'on ne trouve ici aucune exception établie par la loi en faveur des appelés.

Voudrait-on chercher cette exception dans la nature même des biens substitués, et conclure de ce qu'ils ne peuvent pas être aliénés au préjudice des appelés, qu'ils ne peuvent pas non plus être prescrits à leur préjudice?

On a présenté ce moyen, en effet; et telle est la base de la distinction, qui avait déjà été faite dans notre ancien Droit, et qui a été reproduite dans notre Droit nouveau, entre le cas où la substitution n'a pas été rendue publique, et le cas où elle a été rendue publique; Bergier (*loc. supra cit.*), qui convient que la prescription court, contre les appelés dans le premier cas, nie qu'elle coure contre eux dans le second cas, lors même qu'ils sont majeurs; tel est aussi l'avis, que d'éminents jurisconsultes professent sous notre Code. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Substitution*, sect. XIV, n° 14; Coin-Delisle, art. 1051, n° 30; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 383, note *a*.)

Mais pourtant les biens substitués ne sont point hors du commerce; et aucun obstacle, résultant de leur nature propre, ne s'oppose à la prescription (art. 2226, 2227).

L'article 1561 déclare, il est vrai, que les immeubles dotaux, non déclarés aliénables par le contrat de mariage,

sont imprescriptibles; mais c'est là une disposition exceptionnelle, qu'aucun texte n'a établie dans la matière des substitutions.

Et, quant à la transcription, elle est une mesure de publicité à l'adresse des tiers, *créanciers, acquéreurs* ou *donataires*, qui contracteraient avec le grevé (art. 1070, 1072); mais elle ne modifie pas les règles de la prescription, à l'égard de ceux qui l'invoquent, en vertu du droit commun, comme un mode de libération ou d'acquisition, que la loi leur permet d'invoquer, en effet, contre tout créancier ou tout propriétaire, quel qu'il soit, sous les seules conditions, qu'elle détermine (comp. art. 2180, 4°).

Plusieurs auteurs ont aussi voulu trouver, en faveur des appelés, une cause de suspension de la prescription, dans le caractère conditionnel de leur droit; d'où il résulterait, suivant eux, que les appelés ne peuvent pas agir pour l'interrompre, tant que la substitution n'est pas ouverte; et ils ont invoqué l'article 2257, pour prouver que la prescription ne doit pas courir contre les appelés, même majeurs (comp. Grenier, t. III, n° 383; Ancelot, *h. l.*, note *a; Vazeille, des Prescriptions*, t. I, n°s 300 et 304).

Mais ce moyen ne nous paraît pas plus admissible; nous nous réservons d'expliquer plus tard l'article 2257; qu'il nous suffise de remarquer que cet article, outre qu'il n'est applicable qu'à la prescription libératoire, suppose que la condition, qui fait obstacle à la prescription, est inhérente à la dette elle-même; de sorte que, si la condition ne se réalise pas, celui qui n'était débiteur que conditionnellement, sera réputé n'avoir jamais été débiteur; or, il n'y a rien ici de semblable, puisque la condition, dont il s'agit, et qui affecte le droit de l'appelé envers le grevé, n'affecte nullement le droit du débiteur lui-même envers le créancier.

Ajoutons, d'ailleurs, que la maxime : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio*, cette maxime vague,

qui n'est écrite ainsi nulle part, ne peut pas même être invoquée en faveur des appelés ; puisque la prescription peut être interrompue, soit par le grevé, qui représente le droit de propriété des biens substitués, soit par le tuteur à la substitution.

MM. Grenier et Vazeille (*loc. supra cit.*) en conviennent, relativement aux actions personnelles et mobilières ; et ce n'est qu'en ce qui concerne les actions réelles immobilières, qu'ils prétendent que la prescription est suspendue en faveur des appelés.

Distinction impossible, et qui ruine la règle elle-même tout entière; car, si la règle était vraie, c'est-à-dire si les appelés pouvaient invoquer, pour les unes, la maxime: *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, ils devraient évidemment pouvoir l'invoquer de même pour les autres.

Aussi, cette doctrine, qui prétend suspendre le cours de la prescription, tant que la substitution n'est pas ouverte, en faveur des appelés, même majeurs, n'est-elle pas généralement admise.

Mais, parmi ceux qui refusent de l'admettre, plusieurs veulent du moins que la prescription soit suspendue en faveur des appelés, lorsqu'ils sont mineurs ou interdits.

Nous arrivons ainsi au dernier moyen, qui a été proposé contre notre thèse ; moyen plus restreint, et que l'on prétend déduire de l'article 2252, en l'appliquant aux appelés, lorsqu'ils étaient mineurs ou interdits, avant l'ouverture de la substitution :

Tant que la substitution n'est pas ouverte, dit-on, la propriété ou la créance substituée, réside éventuellement sur deux têtes : celle du grevé, et celle des appelés ; d'où il résulte que, si la condition, à laquelle était soumis le droit des appelés, se réalise par l'ouverture de la substitution, ils seront censés avoir toujours été propriétaires des biens ou créanciers des débiteurs ; et la qualité du grevé, qui sera réputé, au contraire, n'avoir jamais été

propriétaire ni créancier, sera tout à fait indifférente; donc, si les appelés étaient mineurs ou interdits, la prescription n'aura pas pu courir contre eux (comp. Duranton, t. IX, n° 610; Marcadé, art. 1053, n° 11; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 410; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 204; Colmet de Santerre, t. IV, n° 213 *bis*, IV; *voy.* aussi Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 514).

Mais Pothier a fait la réponse :

« En vain, dit-il, le substitué alléguerait-il qu'il était mineur, pendant que cette prescription a couru, ou même qu'il n'était pas né, ni même conçu, et qu'ainsi la prescription n'a pu courir contre lui. La réponse est que ce n'est pas aussi contre lui qu'a couru ni dû courir la prescription de ces droits, puisque ce n'était pas en sa personne qu'ils résidaient; qu'elle n'a couru et dû courir que contre la personne de l'héritier grevé, en la personne seule duquel ils résidaient. » (*Des Substitutions*, sect. v, art. 1er.)

Voilà l'ancienne doctrine des substitutions, et la vraie doctrine! nous nous associons, pour notre part, d'autant plus à ce passage de l'éminent auteur, qu'il fournit une preuve de plus pour démontrer la thèse, que nous avons soutenue, à savoir : que c'est une exagération de dire que le droit du grevé est soumis à une véritable condition résolutoire, dont l'effet serait d'anéantir rétroactivement, toute trace de son droit de propriété. Non pas! son droit finit, avons nous dit, plutôt qu'il n'est résolu; et voilà pourquoi le grevé a été, en ce qui concerne les tiers, relativement à la prescription, le représentant de la propriété des biens substitués (comp. *supra*, n° 458; Toullier, t. III, n° 740; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. IV, n° 2144; Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 795; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 52).

555. — Mais dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de tiers, qui tiennent leurs droits du grevé,

la prescription n'est pas, suivant nous, opposable aux appelés, même majeurs. (*Supra*, n° 553.)

Le grevé a vendu, ou il a donné un objet compris dans la substitution.

Cet acquéreur, ou ce donataire, n'est que l'ayant cause du grevé; et puisqu'il se trouve à son lieu et place, n'en résulte-t-il pas logiquement qu'il ne possède le bien substitué que sous la condition, qui l'affectait dans la main du grevé, son auteur?

Si le grevé a aliéné le bien substitué, comme tel, et en prenant, dans l'acte, sa qualité même de grevé, le tiers acquéreur a été averti; et il a acquis sciemment le bien, *cum sua causa*.

Et si le grevé n'a rien dit, ou même s'il a dissimulé sa qualité et la condition du bien, est-ce que la transcription n'était pas là, qui est réputée légalement avoir fait connaître aux tiers les droits conditionnels des appelés (art. 1070)?

« *Lorsqu'il s'agit d'une aliénation faite par l'héritier grevé, le contrat,* disait Ricard, *sert d'un titre, qui réclame perpétuellement contre celui qui possède en vertu d'icelui, en faveur du fidéicommissaire!* » (*Des Substitutions,* Part. II, n° 97; comp. Pothier, *loc. supra cit.*)

N'est-ce pas là, en effet, un des cas d'application de la maxime :

« *Melius est non habere titulum, quam habere vitiosum?* »

Maxime, que nous examinerons plus tard, et dont nous verrons si l'application ne doit pas être étendue non-seulement aux détenteurs à titre précaire, mais encore à ceux qui, par la nature de leur titre, se trouvent soumis aux mêmes causes de suspension de la prescription, auxquelles leur auteur était soumis.

Que si on admettait que la prescription dût courir, en cas pareil, contre les appelés, avant l'ouverture de la substitution, tout au moins faudrait-il convenir qu'elle serait suspendue par leur minorité ou leur interdiction;

car, c'est bien contre eux personnellement, qu'elle aurait lieu, puisque le grevé, qui a vendu ou donné, ne peut pas, lui, revenir contre ses propres engagements (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 53).

556. — Faut-il appliquer la solution, qui précède, au tiers, qui se serait rendu adjudicataire d'un bien substitué, par suite d'une expropriation poursuivie par les créanciers du grevé?

On en avait douté anciennement; et Ricard pensait même que *les droits des appelés étaient purgés par le Décret.* (*Des Substitutions*, part. II, nos 87-89.)

Mais l'Ordonnance de 1747 (tit. I, art. 55) avait proscrit cette doctrine, pour le cas où la substitution avait été publiée (comp. Bergier sur Ricard, *loc. supra cit.*).

Et, quoiqu'une décision contraire semble avoir été rendue, dans notre Droit nouveau (comp. Cass., 9 janvier 1827, Flach, Dev., 1827, I, 109), nous pensons que le principe admis par l'Ordonnance, doit encore être observé (art. 717 du Cod. de procéd.); et que les créanciers, ou l'adjudicataire, provoqué par leurs poursuites, n'ont pas plus de droit qu'un acquéreur volontaire (comp. art. 1070; *supra*, n° 552).

557. — On peut demander, en sens inverse, si le bénéfice des prescriptions, que le grevé pourrait avoir acquises, lui demeure personnel? ou s'il doit, au contraire, profiter aux appelés?

Nous croyons que, en règle générale, la prescription acquise par le grevé, relativement aux biens substitués, *propter dispositionem*, doit, en effet, profiter à la disposition tout entière, aux appelés donc comme au grevé.

D'abord, s'il s'agit de la prescription extinctive ou libératoire, il y a des cas où cette règle est d'évidence; comme si, par exemple, le fonds substitué se trouve affranchi d'une servitude passive, par l'effet du non-

usage de la part du propriétaire du fonds dominant. (Art. 706.)

Il en serait d'ailleurs de même, suivant nous, d'une dette personnelle, comprise dans la substitution, et dont le grevé se trouverait libéré, envers le créancier, par l'effet de la prescription. Plusieurs, toutefois, exceptent les prescriptions de courte durée, qui sont principalement fondées sur une présomption de payement (comp. art. 2271 et suiv. Cod. Napol.; art. 189, Cod. de com.). Mais cette exception même nous paraît contestable; et le grevé, qui aurait payé ces sortes de dettes, ferait, à notre avis, sagement d'en conserver les quittances.

En ce qui concerne la prescription à l'effet d'acquérir, si on suppose que le grevé a possédé, en cette qualité, *propter dispositionem*, la conséquence en doit être aussi que c'est au bénéfice de la disposition, que la prescription s'est accomplie par son ministère; et cela même, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la prescription a commencé avant ou depuis l'établissement de la substitution. (Comp. Duranton, t. IX, n° 609; Marcadé, art. 1053, n° 11; Ancelot, sur Grenier, t. III, n° 383, note *a*.)

557 *bis*. — C'est par une distinction du même genre qu'il faudrait décider la question de savoir si les remises de dettes, qui auraient été faites au grevé, doivent ou non profiter aux appelés?

L'affirmative ne serait pas contestable, si elles avaient été faites *in rem*, *generaliter*, et, pour employer les expressions techniques, *propter dispositionem*.

Tandis qu'au contraire, il faudrait admettre la négative, si elles avaient été faites *in personam*, en considération du grevé lui-même seulement.

En cas de doute, nous croyons que la remise devrait être considérée comme faite *in rem*, et que c'est au grevé de prouver qu'elle a été faite *in personam*. (Comp. art. 1282 et suiv.)

558. — D'après les articles 49 et 50 du titre II de

l'Ordonnance de 1747, les jugements et arrêts rendus contre le grevé n'étaient opposables aux appelés que sous la double condition qu'ils auraient été rendus contradictoirement et sur les *conclusions des gens du Roi*, dit Pothier. (*Des Substitutions*, sect. v, art. 1er; comp. Thévenot, n° 711.)

Notre Code a gardé le silence sur ce point comme sur presque tous les autres.

Toullier en a conclu que, sans aucune condition, les jugements rendus contre le grevé sont opposables aux appelés, qui ne doivent être reçus, ni à y former tierce-opposition, ni à se pourvoir par requête civile, après l'ouverture de la substitution (tome III, n° 709).

Mais il est manifeste, suivant nous, que le grevé seul ne saurait engager irrévocablement les droits éventuels des appelés, dans une instance judiciaire! très-différente de la prescription, qui procède de la loi elle-même, au profit des tiers, lorsque ceux-ci ne tiennent pas leurs droits du grevé (*supra*, nos 554-556), l'autorité de la chose jugée procède d'un contrat, ou si l'on veut, d'un quasi-contrat, qui se forme entre le grevé et son adversaire; or, le grevé ne saurait, par aucun consentement, porter atteinte aux droits des appelés.

Aussi, la doctrine générale est-elle que les décisions judiciaires rendues, même sans fraude ni collusion, au profit des tiers contre le grevé, ne sont opposables aux appelés qu'autant qu'elles ont été rendues contradictoirement avec le tuteur à la substitution et sur les conclusions du ministère public (arg. de l'art. 1057, Cod. Napol. et des art. 83 et 480 du Cod. de Procéd.; Duranton, t. IX, n° 591; Coin-Delisle, art. 1051, n° 26; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 51-52; comp. Orléans, 6 avril 1867, Gauvry, D., 1867, II, 37).

La présence du tuteur à la substitution nous paraît, en effet, indispensable (comp. pourtant Metz, 13 juill. 1865, Chalupt, Dev., 1866, II, 29).

Ce qui n'est pas aussi démontré peut-être, c'est que les conclusions du ministère public le soient également; car l'article 83 du Code de Procédure ne comprend pas, dans son énumération, les causes relatives aux substitutions permises (comp. Duvergier, sur Toullier, t. III, nº 709, note *a*; Colmet de Santerre, t. IV, nº 213 *bis*, III).

Et, toutefois, nous croyons qu'il est plus sûr de tenir à cette double garantie : et de la présence du tuteur à la substitution, et de la communication au ministère public.

De sorte que, à défaut de la première, les appelés pourraient former tierce-opposition (art. 474, Cod. de Procéd.);

Et que, à défaut de la seconde, ils pourraient former une requête civile (art. 480; comp. Duranton, t. IX, nº 591; Taulier, t. IV, p. 197-198).

559. — Quant aux décisions judiciaires, qui auraient été rendues au profit du grevé contre les tiers, elles pourraient, à notre avis, être invoquées par les appelés, lors même que le tuteur à la substitution n'aurait pas été mis en cause, ni le ministère public entendu.

Nous devons dire, pourtant, que l'honorable M. Duvergier a exprimé un sentiment contraire (*loc. supra cit.*).

Mais est-ce que le grevé n'a pas toujours qualité pour faire meilleure la condition des appelés? est-ce que ce n'est pas seulement dans l'intérêt des appelés, qu'est requise la présence du tuteur à la substitution? et le tiers, qui a consenti à plaider avec le grevé seul, ne l'a-t-il pas lui-même accepté comme le valable représentant de toute la substitution?

C'est ce que nous croyons (comp. Duranton, t. IX, nº 591; Toullier, t. IV, p. 197-198; Colmet de Santerre, *loc. supra cit.*).

560. — Il peut être très-désirable que le grevé ait la capacité pour consentir, relativement aux biens substitués, une transaction définitive, et qui demeure obligatoire pour les appelés, après l'ouverture de la substitution.

Aussi, l'article 53 du titre II de l'Ordonnance de 1747 lui en avait-elle conféré le pouvoir, sous certaines conditions.

La raison et la nécessité même exigent que nous le lui conservions encore aujourd'hui; et l'on pense, en effet, généralement, que le grevé peut transiger, en observant les formalités prescrites pour les transactions, dans lesquelles des mineurs sont intéressés (art. 467 et 2045); et que les transactions ainsi faites par lui, sont opposables aux appelés (comp. notre *Traité de l'Absence*, n° 115; Delvincourt, t. II, p. 107, note 3; Duranton, t. IX, n° 592; Marbeau, *des Transactions*, n°s 116 et suiv.; Coin-Delisle, art. 1051, n° 27; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 53; Colmet de Santerre, t. IV, n° 213 *bis*).

560 *bis*. — En ce qui concerne le partage des biens substitués, auquel il y aurait lieu de procéder avec un tiers, le grevé n'y pourrait pas figurer seul; et il faudrait la présence du tuteur à la substitution pour qu'il fût obligatoire de la part des appelés.

Nous ajoutons que le partage devrait avoir lieu en justice, lors même que les appelés déjà existants seraient tous majeurs, puisqu'il intéresse aussi les appelés à naître (art. 1050; comp. Turin, 29 déc. 1810, Mongiardi, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 400; notre *Traité des Successions*, t. III, n° 593; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 201).

561. — Ceux de nos anciens jurisconsultes, qui ont écrit sur les substitutions, s'accordaient à reconnaître que le grevé pouvait, dans certains cas, consentir des aliénations, même volontaires, des biens substitués; de manière à ce qu'elles fussent opposables aux appelés, après

l'ouverture de la substitution; à savoir notamment : 1° lorsque le disposant lui-même en avait ordonné la vente; auquel cas, il fallait se conformer aux conditions, qu'il avait prescrites; 2° pour payer les dettes de la substitution; pour faire de grosses réparations; ou pour toute autre cause de ce genre; auquel cas, il fallait obtenir l'autorisation de justice (arg. de l'art. 53 précité de l'Ordonnance de 1747; comp. Serres, *Instit. au Droit français*, liv. II, tit. XXIV, § 2; Furgole, sur l'art. 31; Thevenot, chap. XXXVIII, § 2).

Il faut certainement admettre encore cette doctrine si raisonnable et si conforme au principe, d'après lequel le grevé, en même temps qu'il est propriétaire, est préposé à l'administration des biens substitués dans l'intérêt commun de tous les ayants droit. Plusieurs analogies nous y conduisent; et surtout celle, qui résulte de l'article 457, d'où nous pouvons conclure que les biens substitués peuvent être aliénés *pour cause de nécessité absolue* (comp. art. 1558); et il y aurait lieu, en conséquence, d'observer les mêmes formalités, que la loi prescrit pour l'aliénation des biens appartenant aux mineurs; en n'oubliant pas que tous les actes de ce genre, transactions, désistements et autres, doivent être passés en présence du tuteur à la substitution. (Comp. Coin-Delisle, art. 1051, n° 32; Colmet de Santerre, t. IV, 213 *bis*, V; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1742.)

Il ne paraît pas aussi sûr d'ajouter, avec l'article 457, que l'aliénation des biens substitués pourrait être faite *pour cause d'avantage évident;* ce n'est pas, en effet, sans raison, que Coin-Delisle objecte que l'incertitude de l'époque de l'ouverture de la substitution empêchera souvent de discerner si l'avantage présent en sera un pour l'avenir. (*Loc. supra cit.*)

Mais, pourtant, est-ce que la nécessité de l'autorisation de justice n'est pas une garantie suffisamment rassurante? et ne vaut-il pas mieux s'y confier, que de poser une pro-

hibition absolue, qui, pour protéger l'intérêt des appelés, pourrait leur être très-préjudiciable? tel serait notre avis.

562. — Pothier pensait que, *si un fils grevé de substitution par son père, avait été pris par les Algériens*, les biens substitués pourraient être aliénés, afin de payer sa rançon. (*Des Substitutions*, sect. v, art. 2, § 7.)

Voilà un exemple, qui rappelle bien ce temps et ces mœurs, où nos anciens, jurisconsultes et poëtes, supposaient, en effet, souvent, l'hypothèse d'un père, d'un fils, ou d'un mari, *emmené en Alger* par des pirates, et dont nous retrouverons encore peut-être quelques vestiges dans notre Code (art. 1427).

Il nous paraîtrait, toutefois, impossible d'autoriser l'aliénation des biens substitués, pour payer la rançon, ou plus généralement les dettes du grevé, fût-il même incarcéré; et nous ne pourrions que répéter :

« *Mais que diable allait-il faire dans cette galère!* »

On peut voir, du reste, ce que nous avons dit, sur ce point, de l'obligation alimentaire, dans notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps* (t. II, n° 54).

563. — Mais toutes ces difficultés ne pourraient-elles pas être levées par le consentement, que les appelés donneraient eux-mêmes à l'aliénation des biens substitués, s'ils étaient majeurs et capables?

On admettait généralement, dans notre ancien Droit, l'affirmative, et que les appelés pouvaient valablement consentir à la vente des biens substitués (arg. de la loi 120, § 1, ff. *de Legat.* 1°; et de la loi 11, Cod. *De Fideicomm.;* Thévenot, chap. LII).

Cette solution nous paraît aujourd'hui contestable; et nous exposerons bientôt les motifs, qui nous portent à croire que, sous l'empire de notre Code, les appelés ne peuvent, avant l'ouverture de la substitution, consentir aucune renonciation, ni aucun pacte, relativement aux biens substitués (*infra*, n° 599).

Mais, en admettant la validité du consentement, qu'ils donneraient à la vente d'un bien substitué, ce consentement serait soumis à deux conditions; savoir :

1° Que les droits des appelés mineurs, et, *a fortiori*, des appelés à naître, demeureraient réservés; d'où il suit que la transcription de la substitution, relativement aux biens ainsi aliénés, conserverait, en ce qui les concerne, toute sa force;

2° Que même, à l'égard de ceux des appelés majeurs et capables, qui auraient consenti à l'aliénation, on ne devrait induire de ce consentement autre chose qu'une garantie donnée à l'acquéreur, sans qu'il en pût résulter, de leur part, ni une acceptation, ni une répudiation de la substitution elle-même; leurs droits sur le prix du bien vendu demeurant aussi réservés. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Substitution*, sect. XII, § 3, art. 3; Delvincourt, t. II, p. 107, note 3; Rolland de Villargues, *des Substitutions*, n° 16; Toullier, t. III, n° 802; Duranton, t. IX, n° 589; Marcadé, art. 1053, n° 11; Coin-Delisle, art. 1051, n° 33.)

564. — Il était admis, dans l'ancien Droit, que le grevé, en sa double qualité de propriétaire ou de créancier, et d'administrateur des biens substitués, pouvait recevoir le montant des créances comprises dans la substitution et le remboursement des rentes, comme aussi le prix des héritages substitués qui avaient été vendus pour une cause légitime; et qu'il avait, en conséquence, qualité pour en donner valable quittance aux débiteurs.

L'article 15 du titre II de l'Ordonnance de 1747 portait même expressément que les débiteurs des rentes n'étaient pas responsables du défaut d'emploi ou de remploi, lorsqu'il n'y avait pas eu d'opposition formée entre leurs mains (comp. Pothier, *des Substitutions*, sect. V, art. 1er).

Telle est encore la doctrine généralement enseignée dans notre Droit nouveau (comp. Toullier, t. III, nos 742 et 762; Grenier, t. I, n° 390; et Ancelot, *h. l.*, note *c*;

Coin-Delisle, art. 1051, n° 34; Duranton, t. IX, n° 572; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 51; Massé et Vergé, t. III, p. 200; Dalloz, *Rec. Alph.*, *h. v.*, n° 391; Taulier, t. IV, p. 198; Colmet de Santerre, t. IV, n° 213 *bis*, III; Saintespès-Lescot, t. V, nos 1739 et 1790).

Cette doctrine nous semble, toutefois, trop absolue; et nous voudrions y faire une distinction :

S'il s'agit de créances ou de rentes, provenant de l'auteur de la substitution, notre avis est aussi que le grevé peut les recevoir seul et en donner valable quittance; à moins que le tuteur à la substitution, ou l'un des appelés, n'ait formé opposition entre les mains des débiteurs.

Mais nous ne croyons pas qu'une opposition soit nécessaire, pour que le tuteur à la substitution ait le droit d'être présent aux remboursements de celles des sommes, dont l'emploi a été fait en sa présence, comme il doit l'être, aux termes de l'article 1068 (*supra*, n° 528); et dans ce dernier cas, ce sont les débiteurs eux-mêmes, qui, pour être valablement libérés, doivent, suivant nous, appeler le tuteur à la substitution pour qu'il soit présent au remboursement. Telle nous paraît être la conséquence logique de l'article 1068, qui exige que le tuteur à la substitution soit présent à l'emploi des fonds; logique, disons-nous, et certainement aussi prudente et prévoyante (arg. de l'art. 482; comp. *supra*, n° 515).

563. — Voilà pourquoi il nous paraît également difficile d'admettre, comme le font nos honorables collègues, MM. Aubry et Rau, que le grevé puisse céder ou transporter seul les créances comprises dans la substitution; et sans que les appelés soient admis, après l'ouverture de leurs droits, à faire annuler, au préjudice des cessionnaires, les transports par lui passés (t. VI, p. 51).

Qu'il en soit ainsi à l'égard de celles des créances, dont les tiers ignorent qu'elles sont affectées de substitution, nous le croyons.

Mais ce que nous ne voudrions pas concéder, c'est que le transport puisse être fait irrévocablement, à l'encontre des appelés, lorsqu'il s'agit de créances, à l'égard desquelles la substitution a été rendue publique, par le moyen de l'inscription, et dont les titres même en portent la mention, comme il est, à notre avis, nécessaire de l'y ajouter; mention qui a précisément pour but d'avertir les tiers que le grevé n'en a pas la disposition absolue et incommutable (comp. *supra*, n° 496; et notre *Traité de l'Absence*, n° 113).

566. — Quant aux baux, le grevé a évidemment le droit de les faire seul.

Il est vrai qu'on en avait douté autrefois, et que plusieurs ont soutenu que les baux consentis par lui, pour la durée même la plus courte, n'étaient pas obligatoires pour les appelés (comp. Ricard, *des Substitutions*, part. II, n° 28; Thévenot, chap. XLII, § 8; Denizart, v° *Substitution*, n° 125).

Mais on peut voir, par ces citations même, que déjà, dans notre ancien Droit, cette doctrine rigoureuse tendait à se modifier; ce qui est certain, d'ailleurs, c'est qu'elle a été abolie par notre Code.

Si, en effet, l'usufruitier peut faire des baux, qui sont, après l'extinction de son droit, obligatoires pour le nu propriétaire (art. 595), à plus forte raison les baux faits par le grevé, qui est propriétaire! doivent-ils être obligatoires pour les appelés, après l'ouverture de la substitution;

A ce point même que l'on peut soutenir, et que, pour notre part, nous pensons qu'ils seraient obligatoires pour eux, lors même qu'ils auraient été faits pour plus de neuf ans, s'ils avaient été faits sans fraude (arg. de l'art. 1673), et s'ils ne constituaient pas, d'ailleurs, une sorte d'aliénation, qui dût être soumise à la transcription (art. 2 de la loi du 29 mars 1855; comp. notre *Traité de l'Absence*, n° 105; Colmet de Santerre, t. IV, n° 213 *bis*, III).

567. — Le grevé doit apporter aux biens substitués tous les soins d'un bon père de famille; car il est tenu de les conserver; et on peut le considérer comme débiteur conditionnel de ces biens envers les appelés (comp. art. 896, 1136 et 1137).

De là résulte, notamment, à sa charge, l'obligation d'interrompre les prescriptions.

Nul doute aussi qu'il ne soit tenu de faire les réparations d'entretien, et que les frais n'en doivent être supportés par lui; car, elles sont une charge des fruits, qui lui appartiennent. (Comp. notre *Traité de l'Absence*, nº 127.)

Mais est-il également tenu de faire les grosses réparations? (Comp. art. 606.)

Bourjon, dans notre ancien Droit, avait proposé d'appliquer au grevé les mêmes règles qu'à l'usufruitier, et de décider, en conséquence, qu'il n'était pas tenu de faire les grosses réparations, à moins que l'appelé ne consentît à faire l'avance d'un capital, dont le grevé lui servirait les intérêts (comp. *Droit commun de la France*, t. II, p. 133).

La doctrine contraire était toutefois généralement admise, et avec grande raison sans doute; car très-différent est le droit du grevé, de celui de l'usufruitier; l'un est propriétaire, tandis que l'autre ne l'est pas! et quoique des jurisconsultes modernes aient encore, de notre temps, enseigné que les mêmes principes, qui régissent l'administration et la jouissance de l'usufruitier, doivent régir l'administration et la jouissance du grevé (*infra*, nº 568), nous croyons que cette assimilation n'est nullement exacte; et que s'il est vrai qu'il existe, entre l'une et l'autre, des points de similitude, il importe néanmoins beaucoup de ne les point confondre!

Et d'abord, nous y constatons cette dissemblance que, tandis que l'usufruitier n'est pas tenu de faire les grosses réparations (comp. notre *Traité de l'Usufruit*, t. II,

n° 552 *bis*), le grevé est, au contraire, sous sa responsabilité personnelle, tenu de les faire.

Seulement, ces sortes de réparations ne sont pas à sa charge; s'il en fait l'avance, son droit sera de réclamer le remboursement du capital contre les appelés, après l'ouverture de la substitution; et s'il ne peut ou ne veut en faire l'avance, il pourra se faire autoriser par justice soit à vendre une partie des biens substitués, soit à contracter un emprunt, dont le capital serait à la charge des appelés.

C'est aussi à l'un ou à l'autre de ces partis, qu'il y aurait lieu de recourir, dans le cas où des biens substitués se trouveraient soumis à quelque condition extraordinaire, avant l'ouverture de la substitution (arg. de l'art. 609; comp. *supra*, n° 561; Ricard, *des Substitutions*, part. II, n°s 150 et 153; Pothier, *des Substitutions*, sect. v, art. 11, § 2; Toullier, t. III, n°s 774, 775; Duvergier, *h. l.*, note *a*; Coin-Delisle, art. 1051, n° 28; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 54).

568. — La même différence doit être maintenue, suivant nous, entre le grevé et l'usufruitier, en ce qui concerne les améliorations, que le grevé aurait faites aux biens substitués.

Duranton enseigne, au contraire, qu'il faut appliquer au grevé l'article 599, et qu'aucune indemnité ne lui sera due par les appelés (t. IX, n°s 593 et 608).

Nous répondons qu'il s'agit de régler les relations, non pas d'un usufruitier ou de ses héritiers avec le nu propriétaire, mais de deux propriétaires, dont l'un succède à l'autre; or, pour cette dernière hypothèse, c'est dans les articles 861, 862, 863 et 1673, qu'il faut chercher des analogies; car elle s'en rapproche beaucoup plus; ou plutôt même elle est tout à fait semblable aux hypothèses, que ces articles ont prévues.

Aussi, croyons-nous que le grevé pourra demander aux appelés le remboursement de la plus value, dont les biens

substitués se trouvent augmentés, par suite de ses impenses, au moment de l'ouverture de la substitution (comp. Pothier, *loc. supra cit.*; notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété, de l'Usufruit*, t. I, nos 689 et 691 *bis*; Toullier, t. III, n° 775; Coin-Delisle, art. 1051, n° 28; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 54).

569. — C'est par le même motif que nous croyons également que le grevé aurait droit à la récompense des frais de labour et de semences des immeubles, sur lesquels se trouveraient des fruits, au moment de l'ouverture de la substitution.

L'article 585 refuse cette récompense à l'usufruitier!

Il est vrai; mais le grevé n'est pas un usufruitier! (Comp. Pothier, *des Substitutions*, sect. IV, art. 11, § 2, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

570. — En ce qui concerne les acquisitions nouvelles, que le grevé pourrait faire, notre avis est qu'il ne les peut faire qu'en son nom et pour son compte.

D'où il suit qu'il ne saurait contraindre les appelés à les prendre, pas plus que les appelés ne sauraient le contraindre à les leur transmettre.

C'est ainsi que Pothier enseigne que : « si l'héritier grevé a acquis une pièce de terre enclavée dans celles d'une métairie de la succession, qu'il l'ait réunie aux terres de cette métairie, en la faisant valoir ou en l'affermant conjointement, cette pièce de terre ainsi réunie ne sera pas, pour cela, comprise dans les biens de la substitution, parce que cette réunion n'est que de simple destination.... » (*Des Substitutions*, sect. IV, art. 71, § 1.)

Cette solution nous paraîtrait encore exacte aujourd'hui (arg. de l'art. 1019; comp. le t. IV, n° 719).

571. — Et voilà pourquoi nous hésitons à admettre une autre solution, que Pothier donnait en sens contraire, à savoir que : « si l'auteur de la substitution n'était propriétaire que d'une portion indivise d'un héritage, et que son héritier, grevé de substitution, soit devenu, par lici-

tation, propriétaire du total, le total sera compris dans la substitution.... » (*Loc. supra cit.*)

Peut-on dire, en effet, que le droit, en vertu duquel cette acquisition a été faite par le grevé, fût compris dans la substitution, à ce point que le bien, auquel elle s'applique, doive être considéré comme en ayant lui-même fait l'objet?

Ne serait-il pas plus exact de considérer, comme nouvelle et distincte de la substitution, cette acquisition, que le grevé seul a faite, et qu'il était libre de ne pas faire? (Comp. Ricard, *des Substitutions*, part. II, n° 70.)

La disposition de l'article 1408 semblerait, il est vrai, favoriser la doctrine contraire; mais la loi n'a édicté, entre le grevé et les appelés, aucune disposition semblable à celle qu'elle a édictée, par cet article, entre le mari et la femme.

572. — On a toujours considéré, dans notre ancienne jurisprudence, que le grevé avait droit, contre les appelés, au remboursement des frais des procès, qu'il avait soutenus :

1° Lorsque le procès était relatif à la propriété de quelque bien compris dans la substitution;

2° Lorsque ces frais, d'ailleurs, avaient quelque importance; car s'ils étaient modiques, on les regardait comme de simples charges de la jouissance. (Comp. Pothier, *loc. supra cit.*)

Cette doctrine est conforme aux principes et à la raison; et nous croyons, malgré le dissentiment de M. Duvergier (sur Toullier, t. III, n° 739, note *a* et n° 776, note *i*), qu'il faudrait encore l'appliquer dans notre Droit nouveau (arg. de l'art. 613; comp. Toullier, *loc. supra cit.*).

573. — Est-il besoin de dire que tous les fruits, naturels, industriels, ou civils, des biens substitués, appartiennent au grevé, avant l'ouverture de la substitution?

Tous les fruits, disons-nous, échus ou perçus avant

cette époque; et Pothier ajoute très-justement qu'il en est ainsi, *quand même ils seraient les fruits d'un grand nombre d'années, comme une coupe de bois, et quelque peu de temps qu'il y ait eu depuis la mort du disposant jusqu'à l'échéance de la substitution.* (*Des Substitutions*, sect. IV, art. 11, § 1; arg. des art. 582 et 590.)

574. — Mais encore faut-il pourtant que ce soient des fruits; et nous croyons que le grevé devrait rendre aux appelés, lors de l'échéance de la substitution, les produits des mines et des carrières, qui n'étaient pas encore ouvertes, à l'époque où la disposition a été faite (arg. de l'art. 598; comp. notre *Traité de l'Usufruit*, t. II, nos 410 et 431).

575. — Et si un trésor avait été trouvé dans un fonds substitué?

Que la moitié, à laquelle le grevé aurait droit comme inventeur, s'il l'était en effet, lui appartînt irrévocablement, cela est certain (art. 716).

Mais on a enseigné qu'il en serait de même de l'autre moitié, que l'article 716 attribue au propriétaire du fonds (comp. Marcadé, art. 1053).

Nous croirions plutôt que cette moitié se trouverait désormais comprise dans les biens substitués, puisqu'elle a été acquise, *propter dispositionem*, par l'effet même de la propriété du fonds substitué. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 107, note 4; Duranton, t. IX, n° 594; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 422; et notre *Traité des Successions*, t. Ier, nos 47-48.)

576. — Faut-il appliquer au grevé l'article 618, d'après lequel l'usufruitier, qui commet des abus graves de jouissance, peut être déclaré déchu de son droit?

D'éminents jurisconsultes enseignent l'affirmative, et paraissent même n'y pas faire un doute sérieux :

« L'article 618, dit M. Duvergier, permet de prononcer la déchéance absolue de l'usufruitier; pourquoi cette disposition ne pourrait-elle pas être appliquée au grevé? »

(Sur Toullier, t. III, n° 782, note *i;* comp. Colmar, 14 août 1840, *J. du P.*, 1841, t. I, p. 44; Duranton, t. IV, n° 601; Taulier, t. IV, p. 201; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1752.)

Nous avons déjà répondu :

Le grevé n'est pas un usufruitier ! et c'est surtout pour éloigner de lui l'application de l'article 618, que cette réponse est, suivant nous, décisive !

L'article 618 renferme, en effet, une disposition rigoureuse, et l'on peut dire même exorbitante, qui ne saurait être étendue au delà de ses termes;

Or, ses termes ne s'appliquent qu'à l'usufruitier;

Donc, on ne saurait l'appliquer à un grevé de substitution.

Et ce n'est pas seulement le texte, qui y résiste; c'est la différence profonde, qui existe entre le droit de l'un et le droit de l'autre.

L'usufruitier n'a que le droit de jouir de la chose d'autrui; un droit temporaire, et qui certainement finira.

Tout autre est le droit du grevé, qui est propriétaire, et dont la propriété, résoluble sans doute, pourra, par cela même, devenir incommutable, si la substitution ne s'ouvre pas !

La déchéance prononcée contre lui, ne serait donc pas seulement l'application de l'article 618; elle constituerait une pénalité bien plus rigoureuse encore, et dès lors tout à fait arbitraire; car il est, à notre avis, impossible de concéder à l'honorable M. Duvergier, que *cette déchéance soit la conséquence naturelle de l'obligation, qu'il a contractée, de jouir en bon père de famille !* (*Loc. supra cit.*)

Nous la tenons, au contraire, pour une mesure extrême, qui n'est, à vrai dire, qu'une sorte d'expropriation forcée dans un intérêt privé, et que, certes, aucun principe du droit civil ne nous aurait autorisé à

prononcer même contre l'usufruitier, si la loi ne l'avait pas édictée (comp. notre *Traité de l'Usufruit*, t. II, n° 716).

Aussi, les partisans de la doctrine, que nous combattons, ne sont-ils pas d'accord sur l'étendue d'application, que l'article 618 comporterait à notre matière : les uns, voulant que le grevé puisse être déchu même de la propriété des biens substitués (Duranton, Duvergier, *loc. supra cit.*); les autres, ne permettant de le déclarer déchu que de son droit d'administration et de jouissance. (Toullier, t. III, n° 782; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, n° 782.)

Mais ni les uns ni les autres ne nous paraissent être dans le vrai ; et suivant nous, c'est l'article 618 tout entier, qu'il faut déclarer inapplicable.

Oh ! sans doute, nous ne devons pas laisser les appelés sans garantie contre les négligences et surtout contre les dilapidations du grevé, qui pourra être un prodigue, et qui, afin de se procurer des ressources, voudrait démolir les bâtiments, abattre les futaies et les arbres mêmes des parcs et des avenues !

Mais on sait que précisément la loi a institué le tuteur à la substitution, pour exercer cette surveillance; et il n'est pas douteux que les juges auraient le pouvoir, non-seulement de condamner le grevé à des dommages-intérêts, s'il y avait lieu, mais encore d'ordonner que les biens substitués fussent mis en séquestre. Ce que nous n'admettons pas, c'est qu'ils aient le pouvoir de décider que le grevé sera privé des revenus; en un mot, c'est l'article 603, et non pas l'article 618, qu'il faut, suivant nous, appliquer par analogie. (*Infra*, n° 646; comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 1059; Metz, 13 juill. 1865, Chalupt, Dev., 1866, II, 29; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 203; Colmet de Santerre, t. IV, n° 212 *bis*, II.)

577. — II. Le second principe, qui gouverne, avons-

nous dit, les droits respectifs du grevé et des appelés, c'est que le droit de propriété du grevé est résoluble par l'événement de la condition, qui peut donner ouverture à la substitution (*supra*, n° 549).

D'où la conséquence que les droits, que le grevé peut concéder à des tiers sur les biens substitués (lorsque d'ailleurs la substitution a été rendue publique), sont affectés de la même condition résolutoire, qui affecte son propre droit; et qu'il faut appliquer la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (art. 1183, 2125).

Telle est la règle générale.

578. — Mais cette règle comporte trois exceptions.

a. — La première s'applique aux actes d'administration.

Nous avons eu déjà, plusieurs fois, occasion de remarquer que la rétroactivité de la condition résolutoire accomplie, n'agit pas sur ces sortes d'actes.

Il faut bien, en effet, que la propriété soit administrée, et qu'elle ait, à l'égard des tiers, un représentant! ainsi l'exige l'intérêt non-seulement du grevé, mais encore des appelés, et de la société elle-même tout entière!

Et, en conséquence, le grevé doit être, à tout événement, considéré comme ayant eu le mandat de faire, au nom des appelés, les actes d'administration (comp. *supra*, n°s 566, 567; notre *Traité de l'Absence*, n° 215; et notre *Traité des Successions*, t. II, n° 569).

579. — *b.* — La seconde exception s'applique à ceux des actes d'aliénation, qui ont été faits par le grevé, non pas *in eversionem fideicommissi* (Furgole, sur l'article 31, *tit.* II *de l'Ordonn.* de 1747), mais, au contraire, dans l'intérêt de la substitution elle-même, et avec l'emploi des formalités, qui ont été établies précisément afin que ces aliénations puissent être consenties d'une manière incommutable. (*Supra*, n° 561.)

580. — *c.* — Enfin, voici une troisième exception dans l'article 1054, en ces termes :

« Les femmes des grevés ne pourront avoir, sur les biens « à rendre, de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance « des biens libres, que pour le capital des deniers do- « taux, et dans les cas seulement où le testateur l'aurait « expressément ordonné. »

La forme de cette rédaction peut paraître singulière; et on n'aperçoit pas d'abord pourquoi le législateur commence par déclarer que la femme du grevé ne pourra pas, de plein droit, exercer son hypothèque légale sur les biens substitués.

Est-ce que, en effet, telle n'est pas la conséquence nécessaire du principe que l'ouverture de la substitution résout *in præteritum*, la propriété du grevé? et cette conséquence ne s'appliquait-elle pas d'elle-même, sans qu'il fût besoin de le dire, à l'hypothèque de la femme du grevé, aussi bien qu'à toutes les autres hypothèques, qu'il aurait pu consentir?

Il est vrai! aussi, est-ce dans les précédents historiques, qu'il faut chercher l'origine de cet article et l'explication de la disposition qu'il renferme.

581. — L'Ordonnance de 1747, consacrant, en ce point, d'anciennes règles de la jurisprudence française, avait, en effet, apporté au principe, d'après lequel l'ouverture de la substitution résout le droit des grevés, une exception en faveur de leurs femmes; et elle leur accordait, de plein droit, une hypothèque subsidiaire sur les biens substitués. (Tit. I, art. 44 à 54.)

« Cette jurisprudence, dit Pothier, est fondée sur une présomption de volonté de l'auteur de la substitution; comme on ne peut guère trouver un honnête établissement par mariage, sans avoir de quoi répondre de la dot de la femme qu'on épouse, et de quoi assigner un douaire, on présume que l'auteur de la substitution, qui a voulu que celui qu'il grevait de sub-

stitution, se mariât, n'a pas prétendu, en le grevant de substitution, lui en ôter les moyens, et que, en conséquence, il lui a permis d'engager et d'entamer les biens substitués, autant qu'il serait nécessaire, à défaut d'autres, pour la restitution de la dot de sa femme et pour assurer un douaire. » (*Des Substitutions*, sect. v, art. 11, § 1.)

On voit que cette hypothèque, qui n'était jamais que subsidiaire, ne garantissait pas non plus toutes les créances de la femme; en effet, elle s'appliquait seulement : 1° soit à la dot; 2° soit au douaire coutumier ou préfix, et à l'augment de dot; remarquons, toutefois, qu'elle était accordée *tant pour le fonds ou capital* que *pour les fruits ou intérêts et arrérages* (art. 44 et 45 précités).

Mais elle ne pouvait comprendre les recours de la femme : ni pour le préciput, la donation de bagues et joyaux, ou autres libéralités; ni pour le prix de ses propres, en pays coutumier, ou de ses biens dotaux, en pays de droit écrit, aliénés de son consentement pendant le mariage; ni pour l'indemnité des obligations que, pendant le mariage, elle avait contractées volontairement pour son mari (art. 48, 49, 50 précités).

582. — Maintenant, il est facile de comprendre la forme de rédaction de l'article 1054, et qu'il commence par refuser aux femmes des grevés une hypothèque de plein droit sur les biens substitués (*supra*, n° 580); c'est qu'il abroge le droit antérieur, qui leur accordait, de plein droit, cette hypothèque.

Mais, pourtant, le législateur nouveau a été touché aussi de la considération qui avait frappé nos anciens, à savoir : que le disposant, en grevant son donataire ou légataire de substitution, doit vouloir lui laisser le moyen de trouver, comme disait Pothier, *un honnête établissement par mariage;* il faut même ajouter que cette considération a d'autant plus de force, dans la théorie moderne

de nos substitutions permises, qu'elles ont précisément pour but d'assurer l'avenir des enfants du grevé, qui seront toujours les petits-enfants ou les neveux du disposant.

Si le législateur n'a pas voulu que l'hypothèque des femmes des grevés affectât, de plein droit, les biens substitués, par l'effet d'une volonté simplement présumée du disposant, du moins a-t-il autorisé cette hypothèque, pour le cas où le disposant aurait déclaré expressément sa volonté.

C'est là, d'ailleurs, il faut bien le reconnaître, une dérogation aux principes généraux, qui, pour être moins considérable aujourd'hui qu'autrefois, n'en constitue pas moins encore une exception; car il en résulte : d'une part, que la substitution se trouve atteinte, et, à certains égards, dénaturée dans son caractère essentiel, qui est la résolution, au profit des appelés, de tous les droits établis du chef du grevé, sur les biens substitués; et d'autre part, que l'espèce d'inaliénabilité, qu'elle engendre, profite, en définitive, à d'autres qu'aux appelés, dans l'intérêt desquels seulement cette manière exceptionnelle de disposer a été permise.

Mais, du reste, cette dérogation étant une fois admise, il est évident qu'elle est applicable non-seulement au *testateur*, comme dit l'article 1054, mais encore au *donateur;* car il n'y aurait, sur ce point, entre l'un et l'autre, aucune raison de différence; et le mot : *testateur*, dans notre texte, doit être évidemment entendu comme synonyme du mot : *disposant*.

583. — La clause, par laquelle le disposant déclare sa volonté que l'hypothèque légale de la femme du grevé frappe les biens substitués, doit, disons-nous, être expresse (art. 1054).

Ce n'est pas qu'il y ait, à cet égard, aucun terme sacramentel (comp. art. 843, 1273; notre *Traité des Successions*, t. II, n° 564).

Mais toujours faut-il une manifestation de volonté *ad hoc*.

D'où nous concluons qu'il ne suffit pas que la disposition avec charge de rendre ait été faite au grevé par le même contrat de mariage, duquel résultent, au profit de sa femme, ses conventions matrimoniales et son hypothèque, pour que l'on soit autorisé à en induire la volonté du disposant que les biens subtitués y soient affectés.

Objectera-t-on que cette circonstance suffit, d'après l'article 952, pour que l'hypothèque légale de la femme du donataire frappe les immeubles donnés sous la condition du droit de retour, même après l'accomplissement de cette condition?

Mais précisément, l'article 952 s'en explique; et tandis qu'il se contente, dans ce cas, d'une présomption de volonté tacite, de la part du donateur, l'article 1054 exige, au contraire, une déclaration de volonté expresse! (Comp. Valette, *Traité des Priviléges et hypothèques*, n° 137.)

584. — On agitait autrefois la question de savoir *à l'égard de quels mariages*, dit Pothier (*loc. supra cit.*), cette hypothèse subsidiaire devait avoir lieu; et notamment :

1° Si elle avait lieu pour les dots et douaires de tous les mariages du grevé, ou seulement de son premier mariage;

2° Si elle avait lieu pour la dot et le douaire d'un mariage contracté avant la substitution ?

La première question fut législativement décidée par l'article 52 du titre II de l'Ordonnance de 1747, en ce sens que l'hypothèque subsidiaire aurait lieu *en faveur de chacune des femmes, que ceux qui sont grevés de substitution, se trouveront avoir épousées successivement, sans néanmoins qu'aucune desdites femmes puisse exercer ladite hypothèque contre les enfants ou descendants d'un mariage*

antérieur au sien, lorsque ce seront eux qui recueilleront l'effet de la substitution.

Quant à la seconde question, elle était controversée; Furgole cite, en paraissant les approuver, des arrêts, qui ont décidé que la femme du grevé ne pouvait pas exercer son recours subsidiaire sur les biens d'une substitution échue à son mari depuis leur contrat de mariage (sur l'article 44 du tit. I de l'*Ordonn.*). La doctrine contraire semble pourtant avoir été plus généralement admise; et Pothier enseigne, en effet, que l'hypothèque subsidiaire doit avoir lieu, au profit de la femme du grevé, lors même qu'elle était déjà mariée, avant que l'acte, qui contient la substitution, eût été fait. (*Des Substitutions*, sect. V, art. 11, § 4.)

Que faudrait-il décider aujourd'hui sur ces deux points?

Puisque les femmes des grevés n'ont, d'après notre Code, cette hypothèque subsidiaire que dans le cas où le disposant l'a expressément ordonné, ce serait là principalement une question d'interprétation; et il faudrait, avant tout, interroger les termes de l'acte, pour découvrir quelle a été sa volonté, et dans quelle mesure il a entendu autoriser cette hypothèque. (Comp. Saintespès-Lescot, t. V, n° 1758.)

Ce que nous croyons, en effet, devoir admettre, en présence de ces traditions, et des termes généraux de l'article 1054, qui évidemment s'y réfère, c'est que le disposant a le droit d'accorder l'hypothèque subsidiaire : 1° à chacune des femmes, que le grevé pourra épouser successivement; 2° à la femme du grevé déjà marié, à l'époque où la substitution est faite.

Il ne s'agit plus que de savoir s'il l'a voulu et s'il l'a ordonné ainsi.

Eh bien! dans le doute, et lorsque les termes de la disposition ne seront pas limitatifs, on devra, suivant nous, admettre encore la double interprétation, qui avait prévalu dans notre ancien Droit.

585. — En conséquence, sur la première question, notre avis est que l'hypothèque subsidiaire appartiendrait, non-seulement à la femme du premier mariage du grevé, mais encore aux femmes de tous les mariages qu'il pourrait contracter.

Les femmes des grevés, dit l'article 1054, comme disait l'article 44 du titre I de l'Ordonnance.

Et la même interprétation semble d'autant plus devoir en être donnée, que, dans notre Droit nouveau, les enfants nés et à naître du grevé, de quelque mariage que ce soit, sont également compris dans la substitution. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 107, note 5; A. Dalloz, v° *Substitution*, n° 514; D., *Rec. alph., h. v.*, n° 435; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 378, note *a.*)

586. — Sur la seconde question, nous décidons de même que l'hypothèque subsidiaire appartiendrait à la femme du grevé, lors même qu'elle était déjà mariée, à l'époque où le disposant a fait le testament ou la donation qui contient la substitution.

Mais pourtant, dira-t-on, est-ce que le motif, qui a fait admettre cette hypothèque subsidiaire, ne manque pas alors tout à fait? c'est afin que le grevé ne soit pas empêché de trouver un établissement par mariage, que l'hypothèque subsidiaire a été admise (*supra*, n° 581); or, on n'a plus à se préoccuper des moyens de lui faciliter un bon mariage, lorsqu'il est déjà marié!

Cette raison de douter avait été, en effet, présentée autrefois.

Mais *la raison de décider*, disait Pothier, « que l'hypothèque subsidiaire doit avoir lieu, c'est que la femme a pu et dû compter sur l'hypothèque des biens du père ou de la mère de son mari, pour sa dot et son douaire, lorsque son mari aurait succédé à ses père et mère; la confiance en cette hypothèque ayant fait trouver au fils un établissement par mariage, il serait injuste que le beau-père ou la belle-mère frustrassent leur fils de cette attente

par une substitution ; si les femmes pouvaient être frustrées de cette espérance, les mariages ne se contracteraient pas avec la confiance et avec la liberté, avec lesquelles il est de l'intérêt public qu'ils se contractent. » (*Des Substitutions*, sect. v, art. 11, § 4.)

Cette raison nous paraît encore déterminante; non-seulement en ce qui concerne la substitution, dont le père ou la mère a grevé son fils au profit de ses petits-enfants, mais aussi (quoique à un moindre degré), en ce qui concerne les substitutions, dont le frère ou la sœur a pu grever son frère, au profit de ses neveux et nièces; la substitution n'étant permise, dans ce dernier cas, qu'autant que le frère grevé est héritier de son frère ou de sa sœur disposant, on est autorisé à dire que la femme du grevé a pu compter, pour son hypothèque, sur les biens à provenir de cette succession.

Ajoutons que la généralité du texte de l'article 1054 ne comporterait, sous ce rapport, aucune distinction entre les substitutions en ligne directe et les substitutions en ligne collatérale (comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 214 *bis*, II).

587. — Cette hypothèque, d'ailleurs, est soumise à deux restrictions :

1° Elle ne peut être que subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne saurait être exercée qu'en cas d'insuffisance des biens libres du grevé.

Il est, en effet, naturel que les biens libres du mari soient affectés, par préférence, à la garantie de la dot de sa femme, avant que l'hypothèque puisse atteindre les biens substitués, qui n'en sont grevés que par une dérogation aux principes généraux du droit (comp. le tome III de ce *Traité*, n°s 528 à 531).

588. — 2° L'hypothèque subsidiaire ne peut garantir que le capital des deniers dotaux de la femme.

Tels sont les termes de l'article 1054.

D'où il suit qu'elle ne peut garantir aucune autre re-

prise matrimoniale : ni les intérêts des deniers dotaux; — ni les libéralités, que la femme aurait reçues de son mari; — ni les indemnités qui lui seraient dues pour le prix de ses biens vendus ou pour les obligations qu'elle aurait contractées avec son mari.

Mais pourquoi cette restriction ?

C'est, d'une part, que le législateur, voulant, avec beaucoup de sagesse, limiter, d'une manière précise, cette hypothèque subsidiaire, a dû, en conséquence, la défendre pour toutes les créances éventuelles, dont le chiffre est indéterminé, et qui auraient pu se grossir, de façon à dévorer la substitution tout entière!

C'est aussi, et surtout, qu'il n'a pas voulu que l'importance des droits, que l'hypothèque subsidiaire pourrait garantir, dépendît de la volonté des époux, et pût être augmentée, par une collusion entre le grevé et sa femme, comme il aurait pu arriver souvent, s'ils en avaient eu la faculté.

Est-ce que, par exemple, ils n'auraient pas pu diminuer, à leur gré, les droits des appelés, si on avait accordé l'hypothèque subsidiaire pour les intérêts des deniers dotaux? sans doute! il leur aurait suffi, pour cela, après une séparation de biens, de laisser courir ces intérêts, et d'augmenter ainsi le chiffre des reprises de la femme.

Notre ancien Droit avait lui-même aperçu ce danger; mais il n'y avait pourvu qu'imparfaitement; car, s'il refusait à la femme du grevé l'hypothèque subsidiaire pour l'indemnité du prix des biens vendus volontairement par elle, ou des obligations qu'elle avait contractées pour son mari, par le motif, dit Pothier, *qu'elle devait s'imputer d'y avoir consenti* (*supra*, n° 581), il la lui accordait : 1° pour toutes ses autres reprises, qui ne procédaient pas de sa volonté, telles que le prix de l'aliénation forcée de ses héritages; ce qui pouvait finir par peser très-lourdement sur les biens substitués; 2° pour

les intérêts de ces fruits; ce qui pouvait favoriser un concert frauduleux entre le grevé et sa femme.

On ne peut donc qu'approuver la double réforme que notre article 1054 a faite, en ce point, à l'ancien Droit.

589. — Ces mots : *capital des deniers dotaux,* indiquent assez que le disposant ne peut accorder l'hypothèque subsidiaire que pour la sûreté d'une dot constituée en argent et apportée au mari par le contrat de mariage.... *a die nuptiarum.*

Nous venons d'en dire le motif; c'est que, dans le cas où la dot consiste en corps certains, elle n'aura pu être, généralement, aliénée que du consentement de la femme (comp. *supra,* n° 588; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 53; Massé et Vergé, t. III, p. 201 ; Taulier, t. IV, p. 202; Mourlon, *Répét. écrit.,* t. II, p. 409; Colmet de Santerre, t. IV, n° 214 *bis*, III).

590. — Mais, d'ailleurs, il n'en faudrait pas induire que l'hypothèque subsidiaire ne peut être accordée à la femme du grevé, qu'autant qu'elle est mariée sous le régime dotal.

L'Ordonnance de 1747 l'attribuait elle-même à la femme mariée sous le régime de la communauté; et la preuve en est dans l'article 49 du titre I, qui mentionnait les *propres* des pays coutumiers. (*Supra,* n° 581.)

A plus forte raison, en doit-il être de même sous notre Code, où la communauté légale forme le droit commun des mariages; c'est que, en effet, ces mots : *dot* et *dotaux,* s'emploient également dans l'un et l'autre régime (comp. art. 1392, 1443, 1540).

591. — Le disposant pourrait-il déclarer qu'il accorde à la femme du grevé une hypothèque non subsidiaire, et pour toutes ses créances matrimoniales sans distinction?

On l'a enseigné ainsi :

1° Qui peut le plus, peut le moins, dit-on ;

Or, le disposant pourrait donner à la femme du grevé,

tous les biens substitués, et en pleine propriété, puisque la substitution ne porte que sur la quotité disponible;

Donc, *à fortiori*, doit-il pouvoir déclarer que son hypothèque frappera les biens substitués, de la même manière que les autres biens de son mari.

2° Aussi, l'article 1054 n'est-il pas prohibitif; il a seulement pour but : d'abord, d'abolir l'ancienne hypothèque, qui avait lieu de plein droit; et ensuite, de déterminer l'étendue de l'hypothèque, qui aura été accordée par le disposant, lorsqu'il ne s'en sera pas lui-même expliqué; mais ce n'est là qu'une interprétation de sa volonté présumée, et qui doit céder devant la manifestation expresse d'une volonté différente (comp. Toullier, t. III, n° 745; Rolland de Villargues, *Répert.* de Favard, v° *Substitution*, sect. II, § 5, n° 18).

La doctrine contraire est, toutefois, généralement admise; et avec raison, suivant nous.

Nous en avons, déjà, fourni les motifs (*supra*, n° 588); et il nous suffira de les rappeler :

1° Le texte même de l'article 1054 est explicite; et la forme de cette rédaction annonce certainement, à notre avis, une disposition restrictive, que la volonté du disposant ne doit pas pouvoir étendre.

2° Nous ajoutons que le texte, ainsi compris, se justifie très-bien, au point de vue des principes, sous un double rapport.

D'une part, en effet, c'est par dérogation aux principes généraux, que le législateur a permis au disposant d'accorder cette hypothèque subsidiaire à la femme du grevé; car il arrive ainsi que la substitution, avec la condition résolutoire, qui l'affecte, profite à d'autres qu'aux appelés, dans l'intérêt desquels seulement elle est admise; et on comprend que le législateur en ait impérativement limité le cercle;

D'autre part, à cette maxime : *Qui peut le plus peut le*

moins, nous répondons par celle-ci : *Qui peut une chose, n'en peut pas toujours une autre.*

Le substituant aurait pu donner tous les biens substitués à la femme du grevé !

A la bonne heure ; mais il ne les lui a pas donnés ! il les a, au contraire, donnés à son enfant ou à son frère, avec charge de substitution ; or, la substitution a ses conditions essentielles d'existence, et qui touchent même, par plus d'un côté, à l'ordre public ; et si on est libre de ne pas faire une substitution, on n'est pas libre, lorsqu'on en fait une, de n en pas observer les conditions constitutives ; c'est donc le cas de dire : *non fecit quod potuit; fecit quod non potuit* (comp. Malleville, art. 1054 ; Delvincourt, t. II, p. 107, notes 5 et 6 ; Grenier, t. III, n° 378 ; et Ancelot, *h. l.*, note *a;* Coin-Delisle, art. 1054, n° 1 ; Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.;* Vazeille, art. 1054, n° 1 ; Troplong, t. IV, n° 2253 ; Valette, *Traité des Priviléges et hypothèques*, n° 137 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 214 *bis*, IV).

592. — D'où il faut également conclure, et même *à fortiori*, que le disposant ne pourrait accorder aucune hypothèque, même subsidiaire, sur les biens substitués, à un créancier du grevé, autre que sa femme.

593. — En dehors des trois exceptions, que nous venons d'exposer, la règle reprend son empire.

En conséquence, après l'ouverture de la substitution, les appelés sont fondés à opposer la résolution des droits du grevé aux tiers, qui ont acquis, de son chef, des droits sur les biens substitués ; et c'est ainsi qu'ils peuvent évincer les tiers, qui auraient acheté ces biens de lui.

594. — Mais supposons pourtant que les appelés, héritiers du grevé, aient accepté purement et simplement sa succession.

Pourront-ils, même dans ce cas, invoquer, contre les tiers, la résolution des droits, que le grevé leur a concédés ?

Et notamment, pourront-ils évincer les tiers acquéreurs des biens compris dans la substitution?

La négative paraît tout d'abord manifeste! comment l'héritier pur et simple du vendeur, qui succède à toutes ses obligations, et qui le représente, à ce point qu'il est, pour ainsi dire, à considérer comme le vendeur lui-même, comment pourrait-il évincer cet acquéreur, auquel il doit garantie! (Comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 514.) Lors donc que l'on pose cette règle que les appelés sont recevables à exercer la revendication contre les tiers, qui ont traité avec le grevé, il est toujours sous-entendu que c'est à la condition de détruire l'effet de leur vocation héréditaire, soit par une renonciation à la succession, soit du moins par une acceptation bénéficiaire. (Comp. art. 724, 785, 802; et notre *Traité* précité, t. III, n° 181.)

Cette doctrine est, disons-nous, manifeste!

Et toutefois, nous devons rappeler qu'elle avait été méconnue par l'Ordonnance de 1747, dont l'article 31 (titre II), après avoir consacré le droit de revendication des substitués, ajoutait :

« *Ce qui sera observé, encore que le substitué se trouve* « *en même temps héritier pur et simple du vendeur, sans* « *néanmoins que, en ce cas, il puisse déposséder l'acqué-* « *reur qu'après l'avoir remboursé entièrement du prix de* « *l'aliénation, frais et loyaux coûts.* »

Bien plus! sous l'empire de notre Droit moderne, on a enseigné que cette disposition de l'Ordonnance doit encore être observée, parce que, dit-on, l'esprit du Code, en matière de substitutions, est conforme à l'ancienne jurisprudence (comp. Toullier, t. III, n° 769; Grenier, t. III, n° 382; A. Dalloz, *Dict.*, v° *Substitution*, n° 414; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 341; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 204; *J. du P.*, *Répert.*, *eod. v°*, sect. v).

Il nous paraît facile de répondre :

1° Aucun texte de notre Code n'a reproduit cette disposition de l'Ordonnance;

Or, ce n'est qu'en vertu d'un texte formel de loi, qu'il serait possible d'admettre une dérogation aussi exorbitante à l'une des règles élémentaires et fondamentales du droit civil!

C'est ainsi, d'ailleurs, que nos anciens jurisconsultes eux-mêmes s'en expliquaient:

« Cette disposition, disait Furgole, est nouvelle; elle n'a aucun fondement dans le droit; elle est même contraire aux principes, qu'il établit. » (Sur l'article 31 précité de l'Ordonnance de 1747.)

2° Encore pouvait-on, sinon la justifier, du moins l'expliquer, à cette époque, par la faveur des substitutions, et par *l'attention singulière* (Furgole) et tout aristocratique que mettait le législateur à conserver les biens en nature dans les familles.

Mais cette explication nous ferait aujourd'hui défaut!

3° Ajoutons que l'application de l'article 31 de l'Ordonnance aurait, dans notre Droit nouveau, des conséquences plus graves encore que celles qui en résultaient dans l'ancien Droit.

En effet, d'après cet article, le substitué, qui évinçait le tiers acquéreur, était obligé du moins de lui rembourser le prix de l'aliénation et les frais et loyaux coûts; ce qui prouve que l'Ordonnance elle-même reconnaissait que le substitué, héritier pur et simple du grevé, était tenu de l'obligation de garantie; car, elle se bornait à limiter, en sa personne, l'effet de cette obligation au premier chef, la restitution du prix, et à en retrancher le second chef, les dommages-intérêts (comp. art. 1630, 1631 et 1633 Cod. Napol.); et comme, à cette époque, les variations dans la valeur des immeubles étaient rares et peu importantes, le remboursement du prix et des loyaux coûts suffisait, en général, à indemniser l'acquéreur, qui recevait ainsi, *en argent*, une valeur égale à celle de l'im-

meuble qu'il cessait d'avoir en *nature;* ce qui pouvait autoriser Furgole à dire que *l'acquéreur ne souffrait aucun dommage réel par la précaution que cet article prend* (*loc. supra cit.*).

Mais, outre que *cette précaution* devait être, même autrefois, souvent insuffisante, pour indemniser l'acquéreur, il est évident qu'elle le serait aujourd'hui presque toujours; on sait, en effet, que la loi de la baisse et de la hausse gouverne, de notre temps, toutes valeurs, les immeubles comme les meubles; et que de grandes différences s'y peuvent produire, même dans de courts intervalles; à ce point que le prix de l'aliénation pourrait ne représenter qu'une somme très-inférieure à la valeur actuelle de l'immeuble détenu par le tiers acquéreur.

N'hésitons donc pas à considérer comme non-recevables à évincer le tiers acquéreur, les appelés, qui sont héritiers purs et simples du grevé (comp. Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.;* Ancelot, sur Grenier, t. III, *loc. supra cit.*, note *a;* Vazeille, art. 1009, n° 3; Taulier, t. IV, p. 199; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 409; Marcadé, art. 1054; Colmet de Santerre, t. IV, n° 214 *bis*, I).

595. — III. — Nous voici arrivé au troisième et dernier des principes dans lesquels se résument les droits respectifs du grevé et des appelés (*supra*, n° 549).

Pothier le formulait en ces termes : l'appelé ou le substitué, avant l'ouverture de la substitution, n'a aucun droit formé par rapport au bien substitué, mais une simple espérance (*loc. supra cit.*).

Nous pouvons maintenir cette formule, qui exprime exactement le caractère juridique du droit des appelés.

596. — D'une part, ils n'ont, disons-nous, tant que la substitution n'est pas ouverte, aucun droit formé, relativement aux biens substitués.

D'où la conséquence qu'ils ne peuvent pas agir soit contre le grevé, soit contre les tiers, auxquels il a transmis des droits sur les biens substitués.

Ce n'est *qu'à compter du jour que la substitution doit avoir son effet,* que les droits des appelés s'ouvrent contre eux! (Comp. art. 31 du tit. II de l'Ordonnance de 1747; *supra,* n° 556; Pothier, *loc. supra cit.*)

597. — Mais nous ajoutons que les appelés ont du moins déjà, dès avant l'ouverture de la substitution, une *espérance;* et comme cette espérance dérive d'une donation entre-vifs ou d'un testament, dont ils sont eux-mêmes les bénéficiaires en second ordre, il faut reconnaître qu'elle constitue, dès à présent, dans leur personne, un droit conditionnel; c'est-à-dire que, en même temps que le grevé est propriétaire, sous une condition résolutoire, des biens substitués, les appelés en sont propriétaires sous une condition suspensive, à savoir : s'ils survivent à l'ouverture de la substitution, et s'ils peuvent et veulent la recueillir.

D'où la conséquence qu'ils sont fondés à exercer, par le tuteur à la substitution, ou par eux-mêmes, soit contre le grevé, soit contre les tiers, auxquels il aurait transmis quelque droit sur les biens substitués, tous les actes conservatoires, qu'il serait utile d'exercer avant l'ouverture de la substitution (art. 1180; comp. *supra,* n° 555; Pothier, *loc. supra cit.;* Merlin, *Répert.,* v° *Substitution fidéicommissaire,* sect. XIV, n°s 1 et 2; Grenier, t. III, n° 391; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 51).

598. — C'est une question controversée, et qui peut paraître, en effet, délicate, de savoir si les appelés peuvent, avant l'ouverture de la substitution, soit renoncer à cette espérance, soit la transmettre à titre gratuit ou à titre onéreux, au grevé lui-même ou à un tiers.

L'Ordonnance de 1747 renfermait, à cet égard, dans l'article 28 du titre II, une disposition qu'il ne sera pas sans intérêt de reproduire :

« Celui qui sera appelé à une substitution fidéicommis-
« saire, pourra y renoncer, soit après qu'elle aura été
« ouverte à son profit, soit avant que le droit lui en soit

« échu ; mais, dans ce dernier cas, la renonciation ne « sera valable que lorsqu'elle sera faite par un acte passé « par-devant notaires, avec celui qui se trouvera chargé « de la substitution, ou avec le substitué, qui sera appelé « après celui qui renoncera ; duquel acte il restera mi- « nute, à peine de nullité. »

Cet article ne prévoyait donc pas la renonciation pure et simple, mais seulement la renonciation conventionnelle ; et même, il ne prévoyait la renonciation conventionnelle que lorsqu'elle était faite entre le grevé et le substitué.

Ce qui faisait dire à Furgole *qu'il n'était pas tout à fait clair ;* et l'excellent auteur y soulevait, en effet, ces deux questions :

1° Cet article autorise-t-il la renonciation pure et simple ou l'*abdication*, par l'appelé, avant que son droit soit échu ?

2° Autorise-t-il la renonciation conventionnelle entre l'appelé et un tiers, autre que le grevé ?

Et il les décidait toutes les deux affirmativement (sur l'article 28).

Cette doctrine, toutefois, n'était pas unanime ; et on paraissait même plus généralement penser :

1° Que la renonciation pure et simple ne pouvait pas être faite par l'appelé, avant l'ouverture de la substitution ;

2° Que la renonciation conventionnelle ne pouvait être faite qu'entre l'appelé et le grevé ; et sous la condition, bien entendu, que l'Ordonnance avait exigée, d'un acte devant notaire, afin de rejeter toutes les présomptions, d'où l'on aurait pu vouloir déduire des renonciations tacites (comp. Dumoulin, *Consil.* I, n[os] 5, 6 et 12 ; Larroche, v° *Substitution*, art. 12 ; Pothier, *Des Substitutions*, sect. VII, art. 11, § 1 et 2 ; Ricard, part. I, n[os] 697 et suiv. ; Thévenot, n[os] 1146, 1148 ; Merlin, *Répert.*, v° *Substitution fidéicomm.*, sect. XVII, n° 6).

599. — La même distinction a été reproduite sous l'empire de notre Code.

D'une part, dit-on, l'appelé ne peut pas renoncer purement et simplement à la substitution non ouverte; car *ce qui n'existe pas encore ne peut être ni accepté ni répudié;* c'était le motif de Pothier (*loc. supra cit.*).

Mais, d'autre part, rien ne s'oppose à ce que l'appelé puisse vendre son espérance, et traiter de son droit conditionnel, soit avec le grevé, soit avec un tiers, qui se trouvera substitué à son lieu et place, et pourra dès lors, comme lui, lorsque la substitution s'ouvrira, l'accepter ou la répudier.

Tel était le Droit romain, en matière de fidéicommis (L. 21, § 4, ff. *de Pactis;* L. 16, *Cod. de Pactis*).

Tel était aussi l'ancien Droit français, que l'Ordonnance de 1747 avait consacré.

On ajoute que ces traditions n'ont rien que de conforme aux principes; car les choses futures peuvent être l'objet d'une convention (art. 1130); et de même que le légataire conditionnel peut céder son droit avant l'événement de la condition, l'appelé doit pouvoir céder son droit à la substitution, qui n'est elle-même, à son profit, qu'un legs conditionnel.

A fortiori, en est-il de même quand la substitution a été faite par donation entre-vifs, surtout si le donateur est mort (comp. D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 439; Taulier, t. IV, p. 200; Coin-Delisle, art. 1051, n° 36; Marcadé, art. 1053, n° 1; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 367, note *a*).

Notre avis est, pourtant, que cette doctrine n'est pas exacte; et nous croyons pouvoir le démontrer.

D'abord, il est évident que, en admettant même la validité de la renonciation, soit pure et simple, soit conventionnelle, avant l'ouverture de la substitution, cette renonciation ne pourrait avoir d'effet qu'en ce qui concerne celui ou ceux des appelés, qui l'auraient faite, et qu'elle

ne serait pas opposable aux appelés, qui y seraient étrangers : ni aux appelés déjà nés, ni aux appelés à naître; or, c'est là un premier argument contre la doctrine que nous combattons; car, il en résulte que ces renonciations sont impuissantes à produire aujourd'hui l'avantage qu'on en obtenait autrefois, et qui avait pu être considéré comme une compensation des inconvénients, qu'elles entraînaient; autrefois, en effet, quand les substitutions pouvaient être faites au profit de plusieurs substitués déterminément, et même d'un seul, la renonciation faite par tous les substitués, ou par le seul substitué, terminait tout; et les biens fidéicommissés, désormais degagés des liens de la substitution, devenaient, *hic et nunc*, aliénables. Or, ce résultat est impossible aujourd'hui, sous le régime de nos substitutions permises, d'après lequel ce n'est qu'à l'époque de la mort du grevé que l'on peut savoir quels seront les appelés, puisqu'elles doivent comprendre tous ses enfants nés et à naître! De sorte que la renonciation anticipée se trouverait affectée de cette double chance de nullité : d'une part, que celui ou ceux, qui l'auraient faite, pourraient n'avoir jamais eu le droit de la faire, comme s'ils mouraient avant le grevé; et d'autre part, qu'elle n'aurait pas été faite par ceux qui auraient eu le droit de la faire, comme s'il survenait de nouveaux enfants au grevé!

Aussi, croyons-nous qu'il faut déclarer nulle toute renonciation, soit pure et simple, soit conventionnelle, entre l'appelé et le grevé ou un tiers, qui aurait été faite avant l'ouverture de la substitution ; qu'il faut, disons-nous, la déclarer nulle, non-seulement à l'égard des appelés, qui n'ont pas renoncé, mais même à l'égard des renonçants :

1° Aucun texte, semblable à l'ancien article 28 de l'Ordonnance, n'existe dans notre Code; d'où l'on est autorisé à induire que le législateur nouveau, qui ne l'a pas reproduit, n'a pas voulu le conserver.

2° Cette première induction, qui résulte de son silence, se trouve confirmée, suivant nous, quand on examine, soit le caractère tout moderne de nos substitutions permises, soit le but essentiel, que le législateur de notre Code s'est proposé, en les permettant :

Nos substitutions ne sont, en effet, comme nous l'avons déjà remarqué, que des auxiliaires, pour ainsi dire, du régime des successions légitimes; et si le législateur les a autorisées, c'est afin d'assurer, plus efficacement, la transmission héréditaire, dans certains cas où elle aurait pu être compromise; car les appelés sont toujours, dans notre Droit nouveau, les enfants du grevé! à la différence de notre ancien Droit, qui n'exigeait pas qu'il y eût une relation de famille entre le grevé et l'appelé;

Or, la substitution, établie sur une telle base, peut être, à certains égards, considérée elle-même comme formant, au profit de l'appelé, un droit dans la succession du grevé;

Donc, les articles 791, 1130 et 1600, qui défendent tout pacte sur les droits éventuels que l'on peut avoir à une succession non ouverte, sont alors applicables.

On objecte que ce n'est pas du grevé, que l'appelé tient ses droits, mais du disposant; *capit a gravante, non a gravato!*

Il est vrai! mais, du moins, est-ce par l'intermédiaire du grevé; et voilà comment sa vocation, subordonnée à sa survie, et qui ne doit, définitivement, s'ouvrir qu'avec la succession du grevé, peut être considérée comme un droit éventuel à cette succession, encore que, si elle se réalise, l'appelé puisse recueillir la substitution, en y renonçant; aussi, venons-nous de voir que, même dans notre ancien Droit, on ne permettait pas la renonciation pure et simple, et que plusieurs ne permettaient pas la renonciation conventionnelle avec un tiers autre que le grevé! doctrine incertaine, qui prouve que l'on reconnaissait déjà la nature héréditaire de cette espérance des ap-

pelés, telle que nous la devons reconnaître aujourd'hui plus nettement.

3° Est-ce que, d'ailleurs, le but, que le législateur de notre Code s'est proposé, en permettant ces substitutions, ne l'exige pas ainsi? comment! c'est afin d'assurer l'avenir des enfants d'un fils ou d'un frère dissipateur, afin de les préserver de la misère, à laquelle les prodigalités de leur père les auraient fatalement conduits, que le législateur nouveau autorise ces substitutions.

Et puis, en même temps, il aurait autorisé le grevé, ce dissipateur, ce prodigue, à obtenir de ses enfants, de son fils ou de sa fille, à peine majeurs peut-être, la renonciation à leurs droits!

Cela nous paraît impossible! car une telle faculté démentirait la prévoyante sagesse du législateur! le grevé, en effet, se sent lié, entravé; et on peut être sûr que ces liens et ces entraves lui pèsent, et qu'il s'efforcera de s'en dégager; or, ce serait, à notre avis, plus qu'une imprudence de lui en fournir un si facile moyen; ce serait une contradiction!

Nous ne saurions croire que la loi l'ait commise; et nous concluons que l'on doit déclarer nulle toute renonciation faite par l'appelé à la substitution non ouverte; toute renonciation, disons-nous, soit pure et simple, soit conventionnelle avec le grevé ou avec un tiers.

Un jurisconsulte a dit, même en Droit romain : *Substitutio quæ nondum competit, extra bona nostra est!* (Paul, l. 42, ff. *de adquir. rer. dominio.*)

Telle doit être, à notre avis, la règle de notre Droit nouveau.

Nous ne voulons pas nier, d'ailleurs, le peu de faveur, qu'ont, à nos yeux, en toute rencontre, les traités sur des droits subordonnés à la survie d'une personne à une autre, et par lesquels d'impatientes convoitises escomptent presque toujours l'avenir imprudemment et honteusement! (Comp. *supra*, n° 563; notre *Traité des Contrats*

ou des Obligations conventionnelles en général, t. I, n° 325; Lyon, 16 janvier 1838, Reydelle, Dev., 1838, II, 453; Cass., 10 août 1840, Billard, Dev., 1840, I, 757; Cass., 16 août 1841, Jontet, Dev., 1841, I, 684; Besançon, 3 avril 1846, de Saint-Germain, Dev., 1847, II, 543; Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 527, note 1; Colmet de Santerre, t. IV, n° 211 *bis*, III.)

C. — *De quelle manière la substitution peut s'ouvrir ou s'éteindre; et quels sont les effets soit de l'ouverture, soit de l'extinction de la substitution.*

SOMMAIRE.

600. — Division.

600. — Nous touchons à la dernière partie, et, en quelque sorte, au dernier acte de ce sujet.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

Ou la substitution s'ouvre et se réalise;

Ou elle devient caduque et s'éteint.

Nous allons exposer successivement chacune d'elles.

I.

De l'ouverture de la substitution.

SOMMAIRE.

601. — Exposition.
602. — Division.

601. — Les rédacteurs de notre Code ont été, sur ce point, d'un laconisme extrême; l'article 1053 est la seule disposition, qui s'y rapporte.

Et nous allons voir combien il s'en faut qu'elle soit suffisante!

Cet article est ainsi conçu :

« Les droits des appelés seront ouverts à l'époque où,

« par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'en-
« fant, du frère ou de la sœur, grevés de restitution,
« cessera; l'abandon anticipé de la jouissance, au profit
« des appelés, ne pourra préjudicier aux créanciers du
« grevé antérieurs à l'abandon. »

602. — D'abord, quelles sont les causes, par lesquelles *la jouissance du grevé* peut cesser?

Notre article s'y réfère, sans les préciser.

Et c'est à la doctrine qu'il appartient d'en fournir l'énumération.

Or, une distinction importante doit être faite.

La substitution, en effet, peut s'ouvrir par deux causes différentes :

A. L'une, ordinaire et normale;

B. Les autres, extraordinaires et exceptionnelles.

Il est essentiel de ne les point confondre; car, les unes et les autres ne produisent pas les mêmes effets.

Nous nous occuperons donc, séparément : d'abord de la première; et ensuite, des secondes.

A. — *De la cause ordinaire de l'ouverture de la substitution.*

SOMMAIRE.

603. — Régulièrement, la substitution ne s'ouvre que par la mort naturelle du grevé.

604. — La mort civile du grevé était aussi, avant la loi du 31 mai 1854, une cause d'ouverture de la substitution. — Mais il n'en serait pas de même aujourd'hui de l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit, qui frappe le condamné à une peine afflictive perpétuelle.

605. — L'absence du grevé est-elle une cause d'ouverture de la substitution? — Renvoi.

606. — Résumé.

607. — L'ouverture de la substitution, qui résulte de la mort du grevé, est absolue envers et contre tous : soit envers les tiers, soit envers les appelés.

608. — Suite.

609. — Suite.

610. — Lors de l'ouverture de la substitution, par la mort du grevé, les appelés ont la faculté de l'accepter ou de la répudier.

611. — Du cas où les appelés répudient la substitution.

603. — Régulièrement, la substitution ne s'ouvre que par la mort naturelle du grevé.

Tel en était, dans notre ancienne jurisprudence, le terme ordinaire (comp. le tome I, n° 98).

Et c'est surtout de la substitution, que notre Code permet exceptionnellement, que cette doctrine est vraie! à ce point même que l'on peut mettre en doute si le disposant pourrait lui assigner une autre époque d'ouverture (comp. *supra*, n° 456).

604. — La mort civile du grevé aurait dû d'ailleurs, avant la loi du 31 mai 1854, produire, à cet égard, le même effet que sa mort naturelle (comp. art. 24 du titre I de *l'Ordonn.* de 1747; art. 25 et 1053, Code Napol.; et notre *Traité de la Jouissance et de la privation des droits civils*, n° 210).

Mais, aujourd'hui, l'ouverture de la substitution ne résulterait pas de l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit, qui frappe le condamné à une peine afflictive perpétuelle; car nous supposons, bien entendu, qu'*il avait déjà reçu*, avant sa condamnation, et que les biens substitués lui étaient acquis (comp. notre *Traité* précité, *Appendice* sur la loi du 31 mai 1854).

605. — Quant à l'absence du grevé, elle peut aussi produire l'ouverture soit provisoire, soit définitive de la substitution; c'est-à-dire que les appelés peuvent, suivant la durée plus ou moins longue de l'absence, obtenir l'envoi en possession, soit provisoire, soit définitif, des biens substitués.

Mais ce sont là des principes particuliers; et nous avons exposé cette théorie de l'absence, avec assez d'étendue pour n'avoir plus à y revenir (comp. notre *Traité de l'Absence*, n° 71).

606. — En résumé donc, il n'y a, dans notre Droit actuel, qu'une seule cause, normale et régulière, d'ouverture de la substitution; à savoir : la mort naturelle du grevé.

607. — Mais cette cause-là du moins en produit l'ouverture d'une manière définitive et absolue, envers et contre tous!

Soit envers les tiers;

Soit envers les appelés.

608. — *Envers les tiers*, disons-nous, acquéreurs des biens substitués, et créanciers hypothécaires ou autres du grevé.

Car les appelés sont alors fondés à invoquer, contre eux, la résolution qui vient d'anéantir le droit de leur auteur, par l'accomplissement même de la condition précise, à laquelle il était soumis (comp. art. 31 du titre II de l'*Ordonn.* de 1747; art. 1183, 2125, Code Napol.; *supra*, n° 577).

609. — Nous ajoutons : *envers les appelés.*

Car c'est à ce moment même de la mort du grevé, qu'il y a lieu d'examiner quels sont ceux, en effet, qui sont *appelés*, c'est-à-dire qui ont qualité pour réclamer, à ce titre, les biens substitués.

Or, on sait que ceux-là seuls peuvent être appelés, qui ont survécu au grevé (comp. art. 1051; *supra*, n° 428; Pothier, *loc. supra cit.*).

610. — Et alors, au moment où la substitution s'ouvre, les appelés ont la faculté soit de l'accepter, soit de la répudier (comp. *supra*, n° 598; art. 28 du titre I de l'*Ordonn.* de 1747; Furgole sur cet article; Pothier, *Des Substitutions*, sect. VIII, art. 2, § 2).

Objectera-t-on que, pourtant, l'acceptation a déjà été

faite pour eux, surtout s'il s'agit d'une donation entre-vifs? (*Supra*, n° 442.)

Nous répondrons que, précisément, ce que l'on a accepté pour eux, c'est l'espèce de droit, qu'il est dans la nature des substitutions de conférer aux appelés, avant leur ouverture, c'est-à-dire une espérance conditionnelle, avec le choix, lorsqu'elle se réalise, entre l'acceptation ou la répudiation.

Nouveau trait de ressemblance, et l'un des plus frappants, entre le droit de l'appelé à une substitution et le droit de l'héritier à une succession (comp. art. 775, 1082, 1086, 1089).

611. — Si les appelés répudient la substitution, rien de plus simple.

Le grevé est à considérer comme ayant toujours été incommutable propriétaire des biens substitués; et aucune résolution ne s'opère ni de son droit, ni des droits par lui concédés.

612. — Si, au contraire, les appelés acceptent la substitution, le droit du grevé est résolu; et ils sont eux-mêmes à considérer désormais comme les donataires ou les légataires du disposant. (Comp. notre *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. V. n° 744.)

C'est, en effet, une de nos règles que le substitué est réputé recevoir les biens du grevant, non pas du grevé : *subtitutus capit a gravante, non a gravato* (com. le t. I, n° 94).

613. — De là les conséquences suivantes :

1° Les appelés n'ont pas besoin de se porter héritiers du grevé, pour recueillir les biens substitués; ils peuvent accepter la substitution, en renonçant à la succession du grevé, ou en ne l'acceptant que sous bénéfice d'inventaire (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 211).

On peut dire que cette première conséquence, qui a toujours été logique, est, en outre, aujourd'hui commandée par le caractère même de nos substitutions, qui

ne sont permises que pour garantir les appelés contre les dissipations et l'insolvabilité du grevé.

614. — 2° Les appelés ne sont pas tenus, s'ils renoncent à la succession du grevé, ou s'ils ne l'acceptent que sous bénéfice d'inventaire, de respecter les aliénations ou constitutions de servitudes, d'hypothèques, ou autres charges, faites par le grevé relativement aux biens substitués, lorsque, bien entendu, les conditions de publicité requises, ont été remplies (*supra*, nos 593, 594).

615. — 3° Les biens substitués ne doivent pas être compris dans la masse, qu'il pourrait y avoir lieu de former, d'après l'article 922, à l'effet de calculer la réserve, à laquelle les appelés ont droit dans la succession du grevé (comp. le t. II de ce *Traité*, nos 255, 256).

616. — 4° Les déductions, qui précèdent, sont généralement admises.

En voici une, au contraire, qui est controversée, et que nous posons, en conséquence, comme une question, à savoir :

De quelle manière les appelés recueillent-ils les biens substitués, lors de l'ouverture de la substitution ?

En ont-ils la saisine? ou doivent-ils former, contre la succession du grevé, une demande en délivrance?

« *C'était là*, dit Furgole, en se référant à la jurisprudence antérieure à 1747, *une grande question diversement décidée par les auteurs et jugée par les arrêts.* »

Mais les controverses furent tranchées par l'article 40 du titre I de l'Ordonnance, en ces termes :

« Le fidéicommissaire, même à titre universel, ne sera
« point saisi de plein droit, encore que la substitution
« eût été faite en ligne directe ; mais il sera tenu d'ob-
« tenir la délivrance ou la remise du fidéicommis; et les
« fruits ne lui seront dus, en conséquence dudit fidéi-
« commis, que du jour de l'acte par lequel l'exécution
« de la substitution aura été consentie, ou de la demande
« qu'il aura formée à cet effet, sans qu'il puisse évincer

« les tiers possesseurs des biens compris dans la substi-« tution, qu'après avoir obtenu ladite délivrance ou re-« mise.... » (Comp. Thévenot, chap. XXIV, XXXIV et XXXVII; Pothier, sect. VI, art. 2.)

617. — Que doit-on décider aujourd'hui ?

Trois opinions se sont produites :

a. — La première enseigne que, dans le silence de notre Code, il faut suivre les traditions anciennes; d'autant plus qu'elles sont conformes aux principes de cette matière (art. 1014); et que les appelés sont tenus de former une demande en délivrance des biens substitués.

D'où il suit : 1° qu'ils n'ont droit au fruits que du jour de cette demande, ou du jour de la délivrance qui leur aurait été volontairement consentie; 2° qu'ils ne peuvent pas, jusques-là, évincer les tiers acquéreurs ni poursuivre les débiteurs des créances substituées (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Substitution*, sect. VI, § 3, n° 2; Rolland de Villargues, chap. II, sect. II, § 6, n° 15; *D.*, *Rec. alph.*, *h. v.*, sect. II, art. 6, n° 21; Zachariæ Aubry et Rau, t. VI, p. 54).

b. D'après la seconde opinion, il faut distinguer entre le cas où la substitution est universelle et le cas où elle est particulière.

Dans le premier cas c'est l'article 1005, qui est applicable; et, en conséquence, les appelés ont droit aux fruits ou intérêts depuis l'ouverture de la substitution, s'ils ont formé leur demande en délivrance dans l'année, à partir de cette époque;

Tandis que, dans le second cas, on ne peut appliquer que l'article 1014; et ce n'est qu'à compter du jour de la demande en délivrance ou de la délivrance volontairement consentie, que les fruits ou intérêts peuvent appartenir aux appelés (comp. Duranton, t. IX, n° 611).

c. Enfin, la troisième opinion, que nous croyons devoir proposer, consiste à dire que les appelés ne sont, en aucun cas, obligés de demander la délivrance, et que,

dès le jour de l'ouverture de la substitution, ils ont droit aux fruits et peuvent exercer toutes les actions relatives aux biens substitués :

1° Nous remarquerons, d'abord, que notre Code n'a pas reproduit la disposition de l'article 40 de l'ancienne Ordonnance.

On objecte qu'il a gardé, du moins, le silence!

Non pas! car nous nous trouvons ainsi en présence de l'article 1053, qui porte que *les droits des appelés seront ouverts à l'époque, où par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la sœur, grevés de restitution, cessera.*

Que ce mot : *jouissance,* ne soit pas très-correct, et qu'il soit employé pour exprimer le droit, qui appartient au grevé sur le bien substitué, nous le croyons nous-même; mais ce qui nous paraît aussi certain, c'est qu'il témoigne que, dans la pensée du législateur, la cause qui ouvre la substitution, produit, par elle-même, ce double effet, corrélativement, d'éteindre tous les droits du grevé et de faire naître tous les droits des appelés.

2° L'article 1053, ainsi entendu, nous paraît d'ailleurs conforme aux principes.

C'est, en effet, à celui qui est propriétaire d'un bien, que les fruits de ce bien doivent appartenir (art. 546);

Or, dès le jour de l'ouverture de la substitution, les appelés sont propriétaires des biens substitués; les doutes, que l'on avait élevés même sur ce point, dans notre très-ancien Droit, ne sont plus aujourd'hui possibles (comp. Thévenot, ch. xxv);

Donc, les fruits de ces biens doivent, dès ce jour aussi, leur appartenir.

Et pourquoi donc l'obligation d'en demander la délivrance?

D'abord, si c'est par donation entre-vifs que la disposition avec charge de rendre a été établie, on ne voit pas pourquoi les appelés seraient tenus de former, contre le

grevé, une demande en délivrance, que le grevé n'a pas été obligé de former contre le disposant.

Et, dans le cas même où la disposition avec charge de rendre a été établie par testament, ce n'est qu'arbitrairement, suivant nous, que l'on pourrait appliquer les articles 1005 et 1014 dans les rapports des appelés avec le grevé.

Que le grevé, lui! ait été tenu de former une demande en délivrance contre les héritiers ou autres successeurs du testateur, on le conçoit! il fallait faire sortir de sa succession les biens qui formaient le legs grevé de substitution; et, en cette occurrence, il a agi dans l'intérêt commun de la substitution.

Mais, une fois que ces biens sont sortis de la succession du testateur, il n'y a plus de rapports semblables à ceux d'un légataire envers un héritier; les rapports nouveaux, qui s'établissent, sont ceux de légataire à légataire; et, quand finit le droit du grevé, légataire en premier ordre, nous voyons s'ouvrir le droit de l'appelé, légataire en second ordre, avec la même force et la même indépendance, qui appartient à tout droit conditionnel, qui s'ouvre par l'événement de la condition à laquelle il était subordonné (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 141).

3° Cet argument nous paraît démontrer que la distinction, proposée par Duranton, entre la substitution universelle et la substitution particulière, ne saurait être admise; les biens, qui font l'objet de la substitution, lors même qu'ils auraient formé l'universalité, ou une quote-part de l'universalité du patrimoine de l'auteur de la disposition, ne forment, en effet, que des biens particuliers et une valeur isolée dans le patrimoine du grevé; car ils ne sont ni l'universalité, ni une quote-part de l'universalité de ce patrimoine, dont ils ne font pas même partie!

4° Nous ajoutons, enfin, que la doctrine que nous pro-

posons doit d'autant plus être admise, que la doctrine contraire aurait des conséquences très-dures.

Il ne faut pas oublier, en effet, que, sous notre Code, les appelés sont toujours les enfants, et, par conséquent, les héritiers légitimes du grevé.

Or il est clair que la question que nous agitons ne pourra pas même s'élever, dans le cas où les appelés auront accepté purement et simplement la succession de leur père ou de leur mère grevé de restitution envers eux; car, ils sont alors saisis des biens substitués comme de tous les autres biens; et la personne de l'appelé disparaît, en quelque sorte, dans la personne de l'héritier!

Quand est-ce donc seulement que notre question pourrait s'élever?

C'est lorsque les appelés auront accepté bénéficiairement, ou répudié la succession du grevé;

C'est-à-dire qu'il faudrait, dans le premier cas, qu'ils formassent une demande en délivrance contre eux-mêmes, ou contre un curateur au bénéfice d'inventaire; et, dans le second cas, une demande contre le curateur à la succession vacante ou contre l'État; sans quoi, les fruits des biens substitués appartiendraient, jusque-là, soit aux créanciers de la succession bénéficiaire ou de la succession vacante, soit même à l'État!

Nous aimons mieux conclure qu'ils appartiendront, de plein droit, aux appelés, dès le jour de l'ouverture de la substitution (comp. notre *Traité de l'Usufruit*, etc., t. II, n[os] 636, 638; et le t. VI de ce *Traité*, n° 332; Grenier, t. III, n° 377; et Ancelot, *h. l.*, note *a;* Vazeille, art. 1053, n° 22; Coin-Delisle, art. 1051, n[os] 37, 39; Marcadé, art. 1853, n° 8).

B. — *Des causes extraordinaires d'ouverture de la substitution.*

SOMMAIRE.

618. — Transition.
619. — Exposition. — Les causes extraordinaires d'ouverture de la substitution produisent-elles les mêmes effets que l'ouverture, qui a lieu par la mort du grevé?
620. — Quelles sont les causes extraordinaires d'ouverture de la substitution? — Énumération.
621. — I. — De la déchéance prononcée contre le grevé, en vertu de l'article 1057.
622. — *a.* — Quel est l'effet de cette cause extraordinaire d'ouverture de la substitution, en ce qui concerne les appelés?
623. — Suite.
623 *bis.* — Suite.
624. — *b.* — Quel est l'effet de cette cause extraordinaire d'ouverture de la substitution, en ce qui concerne les tiers?
625. — II. — De l'abandon des biens substitués fait volontairement par le grevé aux appelés?
626. — Suite.
627. — *a.* — Quel est l'effet de cette cause extraordinaire d'ouverture de la substitution, en ce qui concerne les appelés?
628. — Suite.
629. — Suite.
630. — Suite. — Quel est, entre les appelés eux-mêmes, l'effet de l'abandon volontaire, qui leur a été fait, par le grevé, des biens substitués?
631. — Suite.
632. — *b.* — Quel est, en ce qui concerne les tiers, l'effet de l'ouverture anticipée de la substitution, qui résulte de l'abandon volontaire fait par le grevé?
633. — Suite.
634. — Suite.
635. — Suite.
636. — Suite.
637. — III. — Faut-il considérer comme pouvant donner ouverture à la substitution au profit des appelés, les causes de révocation de la donation entre-vifs faite au grevé? — De la révocation pour cause de survenance d'enfant.
638. — Suite. — De la révocation pour cause d'ingratitude.
639. — Suite.
640. — Suite.
641. — Suite. — *Quid*, si l'un des appelés se rendait lui-même coupable d'ingratitude envers le donateur?
641 *bis.* — Suite.

618. — Nous venons de dire que la mort du grevé est la seule cause, normale et régulière, d'ouverture de la substitution.

Et celle-là est, en effet, très-régulière et très-normale!

Aussi, ouvre-t-elle la substitution, d'une manière définitive et absolue.... *erga omnes!* (*Supra*, n° 607.)

619. — Mais l'article 1053 dispose que *les droits des appelés seront ouverts*, à l'époque où, *par quelque cause que ce soit*, la jouissance du grevé de restitution cessera.

D'où il suit que la substitution peut s'ouvrir, même du vivant du grevé, par certaines causes exceptionnelles et extraordinaires.

Quelles sont ces causes?

Et quels en sont les effets?

Ces deux questions n'ont pas été résolues par les auteurs de notre Code; de graves controverses s'y agitent; et elles portent, en effet, sur cette double thèse, à savoir:

Dans quels cas la substitution peut s'ouvrir, du vivant du grevé?

Et si cette ouverture anticipée, dans les cas où elle peut avoir lieu, est définitive et absolue, comme celle qui s'opère par la mort du grevé? ou, si elle n'est que conditionnelle et provisoire?

620. — Si l'on veut compter les causes, qui ont été présentées comme pouvant donner lieu, du vivant du

grevé, à l'ouverture de la substitution, on en trouve cinq, que voici :

I. La déchéance prononcée contre le grevé, en vertu de l'article 1057;

II. L'abandon anticipé fait par le grevé;

III. La révocation prononcée, conformément aux articles 954, 955 et 1046, de la donation entre-vifs ou du legs fait au profit du grevé;

IV. La déchéance prononcée contre le grevé, pour cause d'abus de jouissance;

V. L'arrivée du terme ou de la condition, lorsque le disposant a fixé, pour la restitution, une époque autre que celle de la mort du grevé, ou qu'il l'a fait dépendre d'un événement incertain autre que la survie des appelés.

Parmi ces causes, les unes sont certaines;

Tandis que les autres sont controversées.

Et, pour les unes comme pour les autres, on est loin de s'entendre sur les effets qu'elles doivent produire.

Nous allons donc reprendre successivement chacune d'elles, pour examiner si elle doit être admise, et avec quels effets.

621. — I. Aux termes de l'article 1057, le grevé qui n'a pas fait nommer un tuteur à la substitution est déchu du bénéfice de la disposition; et, dans ce cas, *le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés* (*supra*, nos 472 et suiv.).

Faut-il conclure de cet article, en le rapprochant de l'article 1053, que les droits des appelés sont ouverts par cette déchéance, comme ils le seraient par la mort du grevé, aussi absolument, aussi définitivement?

On l'a enseigné ainsi; et telle est notamment la doctrine, très-arrêtée, de Troplong :

« Ce qu'il faut considérer, dit-il, ce n'est pas l'époque du décès de celui qui était grevé; car, quand il est décédé, il n'était plus grevé; et sa jouissance avait cessé définitivement. Il ne faut avoir égard qu'à ce qui existait, à

l'époque de l'ouverture de la substitution; c'est là l'époque décisive, c'est là l'événement critique qui règle tout. Il n'y a pas deux ouvertures du fidéicommis : l'une, provisoire, lors de la déchéance, de la résolution, etc.; l'autre, définitive, lors du décès de celui qui était grevé; il n'y a qu'une ouverture, celle qui s'opère au moment où agissent les causes énumérées dans notre article 1053. » (T. IV, n° 2243.)

Et le savant auteur ajoute que ces idées, fondées sur les principes et sur le texte de l'article, font tomber quelques questions inventées par des auteurs, qui croient à l'existence de deux ouvertures, l'une, provisoire, l'autre, définitive; *questions, qui lui paraissent oiseuses et imaginaires, et qu'il croit inutile d'examiner.* (N° 2244.)

Cette théorie pourtant est, suivant nous, trop absolue; et il nous paraît impossible d'assimiler ainsi, de tous points, l'ouverture de la substitution, qui s'opère à l'époque normale de la mort du grevé, conformément à la loi et à la volonté du disposant, *secundum voluntatem defuncti* (L. 11 et 12 ff. *de Legat.* 2°), et l'ouverture qui s'opère, au contraire, avant le terme, en dehors des prévisions de la loi et du disposant.

Aussi croyons-nous que la déchéance du grevé, dans le cas de l'article 1057, ne produit pas les mêmes effets que sa mort :

a. Soit à l'égard des appelés;

b. Soit à l'égard des tiers;

Et que cette ouverture de la substitution, loin d'être définitive et absolue, n'est, pour les uns comme pour les autres, que provisoire et conditionnelle; en ce sens, que l'époque critique, qui devra être considérée pour tout régler définitivement, sera toujours celle de la mort du grevé.

Il ne faut pas, en effet, séparer l'article 1053 de l'article 1050.

Ce qui résulte certainement de l'article 1053, c'est que,

dès que le droit du grevé finit, le droit des appelés commence; qu'il ne saurait y avoir, entre eux, aucun intermédiaire; et que les biens substitués, quand le grevé les perd, *par quelque cause que ce soit*, ne doivent pas retourner au disposant, avant d'arriver aux appelés.

C'est donc aux appelés que vont ces biens; et, en ce sens, il est vrai que leur droit est ouvert; voilà l'article 1053!

Mais la condition de la substitution n'est pas changée pour cela; et, si le droit des appelés est ouvert, c'est toujours sous la condition du règlement définitif, lors de la mort du grevé; voilà l'article 1050!

622. — *a.* — De là, en ce qui concerne d'abord les appelés, les conséquences suivantes :

1° S'il n'en existe encore aucun, à l'époque où la déchéance est prononcée contre le grevé, la substitution ne sera pas caduque, comme elle le serait, dans ce même cas, par sa mort; ceci est d'évidence!

2° S'il en existe déjà, l'ouverture de la substitution, qui résulte, à leur profit, de la déchéance du grevé, demeure subordonnée aux droits éventuels des autres appelés, qui pourraient survenir, jusqu'à l'époque de son décès; et si, par exemple, les biens substitués ont été partagés, par moitié, lors de la déchéance du grevé, entre les deux seuls appelés alors existants, ils devront être partagés par tiers, s'il s'en trouve un troisième, à l'époque de son décès (art. 1050, 1051; arg. de l'article 1078); nous pouvons dire que cette conséquence est aussi d'évidence!

3° Enfin, nous ajoutons que, si l'un des appelés existants à l'époque de la déchéance du grevé, est venu à mourir avant lui, sans laisser d'enfants, la part qu'il a obtenue dans le partage des biens substitués, auquel a donné lieu l'ouverture anticipée de la substitution, accroîtra à la part de ceux des appelés, qui existeront, à l'époque de la mort du grevé!

Mais voilà précisément la conséquence, que l'on ne veut pas admettre! et, dans la doctrine, qui enseigne que l'ouverture de la substitution, qui s'est faite par la déchéance du grevé, a été définitive, on enseigne, au contraire, que l'appelé, qui est mort avant le grevé, a transmis à ses successeurs, quels qu'ils soient, légataires ou autres, la part des biens substitués, qui lui est échue, et qui est, dit-on, sortie définitivement de la substitution. (Troplong, t. IV, n° 2243.)

Nous allons voir ce qu'il faudra décider, sur cette même question; dans une autre hypothèse, celle de l'abandon volontaire fait par le grevé des biens substitués. (*Infra*, n°s 630-631.)

Mais, dans notre hypothèse, où l'ouverture prématurée de la substitution a eu lieu par la déchéance du grevé, nous ne saurions admettre cette solution.

Il nous paraît impossible, en effet, que la déchéance, qui a été prononcée, à titre de peine, contre le grevé, ait pour résultat de lui profiter à lui-même et de nuire aux appelés!

Or, ce résultat serait inévitable, d'après la doctrine que nous combattons; car, si l'appelé, qui prédécède, ne laisse pas d'enfants, il aura pour héritier le grevé lui-même, son père ou sa mère, en même temps que les autres appelés, ses frères et sœurs; de sorte que la déchéance, prononcée contre le grevé, va lui profiter, en faisant rentrer, dans ses mains, comme libres désormais, une partie des biens substitués; et qu'elle va nuire, du même coup, aux autres appelés, en les privant de cette partie des biens, qui aurait dû leur appartenir, si la substitution ne s'était ouverte qu'à la mort du grevé, c'est-à-dire si le grevé ne s'était pas mis dans le cas d'encourir la déchéance! (Comp. Duranton, t. IX, n° 566; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 44-45; Colmet de Santerre, t. IV, n° 212 *bis*, V.)

623. — Ricard admettait si peu que l'on dût consi-

dérer comme une ouverture définitive de la substitution, la déchéance, que le grevé avait encourue *par sa mauvaise conduite*, qu'il enseignait, au contraire, que, si « *le fidéicommissaire vient à mourir avant le terme, que le testateur a donné pour l'ouverture de la substitution*, *la propriété doit retourner à l'héritier grevé ; d'autant*, ajoutait-il, *qu'il se trouve, par l'événement*, *que le fidéicommissaire n'y a jamais eu aucun droit.* » (Part. II, n° 27.)

Et toutefois, nous ne voudrions pas admettre cette conséquence; car, il nous paraît résulter des articles 1053 et 1057, que, dans les rapports du grevé et des appelés, la déchéance, encourue par l'un, ouvre irrévocablement le droit des autres (comp. *infra*, n° 628).

623 *bis*. — L'explication qui précède a démontré par elle-même, que, dans le cas où l'ouverture de la substitution s'opère ainsi prématurément, avant l'époque normale, les fonctions du tuteur à la substitution ne cessent pas, et que ce tuteur doit être maintenu.

Preuve nouvelle à l'appui de notre doctrine !

Car, si les fonctions du tuteur à la substitution ne cessent pas, c'est que la substitution elle-même ne doit pas être considérée comme absolument ouverte !

624. — *b.* — En ce qui concerne les tiers, acquéreurs des biens substitués ou créanciers du grevé, nous avons déjà examiné, en étudiant l'article 1057, quel est l'effet de l'ouverture anticipée de la substitution, qui résulte de sa déchéance. (*Supra*, n°s 472 et suiv.)

Nous ne pouvons que persister dans la doctrine que nous avons présentée, et d'après laquelle cette déchéance, pas plus que l'abandon anticipé, que le grevé ferait des biens substitués, ne peut leur être opposé.

Nous ne voulons pas nier, toutefois, que cette dernière déduction de notre principe peut paraître plus délicate; on peut objecter, en effet, que l'article 1053, qui réserve les droits des créanciers, n'est relatif qu'à l'abandon fait volontairement par le grevé; et que tout autre est la

déchéance encourue forcément par le grevé, dont le droit se trouve résolu, en quelque sorte, pour cause d'inexécution d'une condition de la libéralité, qui lui a été faite, c'est-à-dire pour une cause qui résout les droits conférés aux tiers par le donataire (arg. de l'article 954).

Mais cette explication de l'article 1057 est, suivant nous, plus que rigoureuse ! et elle nous paraît méconnaître la pensée du législateur, qui, en prononçant la *déchéance* contre le grevé, a entendu prononcer, en effet, une peine contre lui, en raison de sa négligence à remplir les devoirs qu'il lui imposait; de sorte que ce n'est pas, en ce qui concerne les tiers, l'article 954, qu'il faut appliquer par analogie, mais plutôt l'article 958, d'après lequel les droits concédés aux tiers, sont maintenus (comp. *supra*, nos 478-479).

Ce qui nous confirme dans cette doctrine, c'est qu'elle était, dans notre ancien Droit, celle de Furgole, sur les articles 41 et 42 du titre Ier de l'Ordonnance de 1747. Ces articles autrefois, comme l'article 1053 aujourd'hui, ne réservaient textuellement les droits des tiers acquéreurs et des créanciers du grevé, que dans le cas de la *restitution anticipée du fidéicommis*, faite volontairement par le grevé; et ils avaient fait naître la même question absolument, que fait naître notre article 1053.

« Faudra-t-il appliquer leur disposition, demandait Furgole, lorsque la restitution anticipée est faite forcément? »

Et il répondait :

« Il ne me paraît pas douteux qu'une telle restitution forcée doit laisser dans leur entier tous les droits des créanciers et des tiers acquéreurs, parce que leur condition ne doit pas devenir pire par le fait du grevé; et, quoique la restitution anticipée soit forcée, elle est occasionnée néanmoins par des faits, qui sont volontaires dans leur principe; aussi, il faut appliquer à ce cas tout ce que nous avons dit au sujet de la restitution antici-

pee faite volontairement par le grevé. » (*Loc. supra cit.*)

625. — II. La seconde cause d'ouverture extraordinaire de la substitution est, avons-nous dit, l'abandon des biens substitués fait volontairement par le grevé aux appelés (*supra*, n° 620).

Quel est le caractère de cet abandon? et quels en sont les effets?

Les dissidences sont encore, sur ce point, très-vives.

Il est un cas, toutefois, qui ne saurait offrir de difficulté; c'est celui où le grevé aurait, en sa qualité même de grevé, disposé, au profit des appelés, des biens substitués, comme de biens à lui appartenant, et sans avoir l'intention d'ouvrir ainsi, par avance, la substitution.

Le grevé, en effet, est propriétaire; et, de même qu'il peut disposer des biens substitués au profit de tierces personnes autres que les appelés, il peut en disposer, en tout ou en partie, au profit de quelques-uns des appelés, ou de tous les appelés, inégalement ou également; pour fournir, par exemple, à chacun d'eux une dot ou un moyen d'établissement, aux dépens des biens substitués.

Et, quand la disposition est faite par lui de cette manière, *donandi causa*, *intuitu personæ*, le grevé doit être considéré comme un donateur, de même que les appelés sont à considérer comme des donataires; car, dans ce cas, ils reçoivent les biens *a gravato*, non *a gravante*.

D'où il suit :

1° Que cette disposition devrait être faite dans la forme solennelle de la donation entre-vifs (art. 931 et suiv.);

2° Que le grevé aurait droit au retour successoral, en vertu de l'article 747, si l'un des appelés décédait, avant lui, sans postérité;

3° Que si un nouvel appelé venait à naître, après que le grevé aurait donné à chacun des appelés alors existants une part, même égale, des biens substitués, le nouveau

venu n'aurait pas le droit d'en réclamer actuellement sa part.

A plus forte raison, en serait-il ainsi, dans le cas où le grevé n'aurait fait aux enfants déjà nés qu'un simple abandon de jouissance, en se réservant la propriété (comp. Duranton, t. IX, n° 606; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1748).

626. — Mais telle n'est pas l'hypothèse, que prévoit l'article 1053, lorsqu'il suppose que l'*abandon anticipé de la jouissance* a été fait par le grevé aux appelés.

L'hypothèse, qu'il prévoit, c'est celle de *la restitution du fidéicommis faite avant le terme de son échéance*, et qui se trouvait, en effet, prévue en ces termes, par l'article 42 du titre I de l'Ordonnance de 1747, c'est-à-dire celle où le grevé, abdiquant sa qualité et renonçant à ses droits, se démet, au profit des appelés, de la propriété même des biens substitués.

Coin-Delisle est, toutefois, d'un sentiment contraire; et, d'après le savant auteur, « le Code civil ne prévoit pas *la restitution anticipée;* il ne parle que *de l'abandon de jouissance;* ce qui est, dit-il, bien différent. » (Art. 1053, n° 8.)

Mais nous avons remarqué déjà que ce mot: *jouissance*, avait été employé par le législateur de notre Code, pour exprimer le droit, tel quel, du grevé, ce droit, qui est sans doute un vrai droit de propriété, mais que néanmoins, à cause de la condition résolutoire, qui l'affecte, on est souvent porté, quoique abusivement, à confondre avec la jouissance de l'usufruitier (*supra*, n° 550).

Il est vrai que la restitution anticipée du fidéicommis ne soulevait pas toujours, dans notre ancien Droit, les mêmes difficultés, qui en sont, au contraire, inséparables, dans notre Droit nouveau; autrefois, en effet, la substitution pouvant être faite au profit de l'un des enfants du grevé ou même d'un tiers, rien ne s'opposait à

ce qu'elle s'ouvrît du vivant du grevé, aussi définitivement que par sa mort, lorsque l'appelé ou les appelés étaient tous vivants et capables de la recueillir; loin que cette restitution anticipée méconnût la volonté du disposant, elle n'en pouvait paraître que l'exécution plus fidèle et plus empressée... *defuncti judicio!* (L. 12, Cod. *de Fideicom.;* comp. Furgole, sur l'art. 41 du tit. I de l'Ordonn.)

Il en était de même, sous l'empire de la loi du 17 mai 1826, qui autorisait la substitution au profit *d'un ou de plusieurs enfants du donataire, nés ou à naître.*

Très-différent est notre Code, d'après lequel la substitution n'est valable qu'autant qu'elle est faite *au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe.*

D'où il suit que le règlement de la substitution étant subordonné à l'état de la famille du grevé, lors de sa mort, et au nombre des enfants qu'il laissera, ne peut, en effet, s'opérer définitivement qu'à l'époque de sa mort.

Cette observation est exacte; et nous avons voulu nous-même la présenter, parce que notre avis est, en effet, qu'il y a lieu d'en tenir compte.

Mais ce serait en exagérer la portée, que d'en conclure que la restitution anticipée des biens substitués est devenue impossible, dans notre Droit nouveau!

C'est notre ancien Droit lui-même, qui en fournit la preuve; car il autorisait la restitution anticipée du fidéicommis, même dans le cas où ce n'était qu'à l'époque de la mort du grevé, qu'il était possible de savoir quels seraient les substitués; comme si le substituant ayant appelé, dit Pothier, une famille *collective* à la substitution, avait entendu appeler ceux des membres de cette famille, qui se trouveraient les plus proches à l'époque de la mort du grevé; et Pothier, en effet, examine quels seront les effets de la restitution anticipée, dans le cas où ceux auxquels elle a été faite par le grevé, de son vivant, ne se trouve-

raient plus être ceux auxquels elle aurait dû être faite, après sa mort; et il consacre tout un paragraphe à cette thèse, qu'il formule ainsi : « *La restitution anticipée des biens substitués équipolle-t-elle à une ouverture de substitution?* (§ 2, art. 1, sect. VI; comp. aussi Ricard, *Substitutions*, Part. II, traité III, chap. X.)

Or, voilà précisément ce que nous avons à faire aujourd'hui; et la seule différence, entre l'ancien Droit et le Droit nouveau, c'est que ces difficultés, que la restitution anticipée du fidéicommis ne soulevait pas nécessairement dans l'ancien Droit, en sont, au contraire, aujourd'hui, comme nous venons de le dire, inséparables.

Concluons donc que *l'abandon de jouissance*, dont il est question dans l'article 1053, est une ouverture anticipée de la substitution.

Et maintenant quels en sont les effets :

a. Soit à l'égard des appelés;

b. Soit à l'égard des tiers.

627. — *a.* En ce qui concerne les appelés, deux propositions nous paraissent certaines, à savoir :

D'une part, que l'ouverture de la substitution doit être considérée comme définitive entre le grevé et les appelés;

D'autre part, qu'elle doit être considérée, au contraire, seulement comme provisoire entre les appelés existants à l'époque de la restitution, et les appelés nouveaux qui pourraient survenir ensuite.

628. — Et d'abord, que la restitution soit définitive entre le grevé, qui l'a faite, et les appelés existants (ou déjà conçus), à l'époque où il l'a faite, c'est ce qui résulte de ce que nous venons de dire (*supra*, n° 626); le grevé, en effet, est libre de renoncer à son droit.

Il faut ajouter que, souvent, des circonstances de famille, son âge, sa santé, l'âge et la position de ses enfants, justifient cette restitution anticipée, si même elles ne la rendent pas nécessaire; et, puisque la loi autorise les père et mère à se démettre de leurs propres biens,

par un partage anticipé entre leurs enfants (art. 1075), elle devait, à plus forte raison, les autoriser à leur restituer, par anticipation, les biens qu'ils sont chargés de leur rendre !

Aussi, lorsque le grevé a renoncé à son droit, les appelés, qui reçoivent les biens abandonnés par lui, ne sont pas à considérer comme ses ayants cause; et il faut appliquer la maxime qu'ils reçoivent *non a gravato*, mais *a gravante* (comp., *supra*, n° 625).

D'où il suit :

1° Que cette restitution anticipée n'est pas soumise aux formes solennelles de la donation entre-vifs; nous le croyons ainsi, malgré le dissentiment de Ricard (*des Substitutions*, part. II, n° 46; comp. le tome III de ce *Traité*, n°s 82 à 89; et l'article 41 du tit. I de l'Ordonn. de 1747);

2° Que le *grevé ne pourrait plus répéter les biens substitués* (ce sont les termes de Pothier, *loc. supra*), quand même la condition, sous laquelle il était tenu seulement de les restituer, viendrait ensuite à défaillir; comme si l'un de ses enfants ou tous ses enfants venaient à mourir, avant lui, sans enfants (comp. *supra*, n° 623; Ricard, Part. II, n° 37; Caen, 31 janvier 1860, de Grenouville, *Jurisprud. des Cours impériales de Caen et de Rouen*, 1860, t. XXIV, p. 65).

629. — Nous avons dit que la restitution anticipée ne peut être, au contraire, considérée que comme conditionnelle et provisoire entre les appelés existants à l'époque où elle est faite, et les appelés nouveaux qui pourraient survenir ensuite (*supra*, n° 627).

Il est évident, en effet, que le grevé n'a pas pu, par son fait, dépouiller de leurs droits les appelés, qui sont survenus depuis cette restitution, ni avantager les premiers-nés de ses enfants au préjudice des autres !

C'est ce que M. Jaubert déclarait dans son rapport au Tribunat :

« La restitution anticipée, en faveur d'un enfant, ne pourrait nuire aux autres enfants qui surviendraient postérieurement. » (Fenet, t. XII, p. 616.)

Si donc les biens substitués ont été partagés, par moitié, entre deux enfants qui existaient seuls lors de la restitution, ils devraient être partagés par tiers, dans le cas où un troisième enfant surviendrait.

Et si l'un des deux enfants, qui existaient lors de la restitution, était alors décédé, ce n'est pas seulement au tiers que le nouveau venu aurait droit, mais à la moitié; puisque la restitution est, à son égard, *res inter alios acta*, et ne saurait lui être opposée; et que, au moment où il s'agit pour lui d'exercer ses droits d'appelé, il ne se trouve que deux enfants du grevé.

D'où il suit même qu'il aurait seul droit à la totalité, si les deux enfants, qui existaient à l'époque de la restitution anticipée, étaient venus à décéder avant le grevé (comp. *supra*, n° 628; L. 41, § 12, ff. *de Legat.*, 2°; Ricard, *des Substitutions*, Part. II, n° 32; Pothier, sect. VI, art. Ier, § 2).

C'est ce qui a été décidé par l'arrêt de la Cour de Caen du 31 janvier 1860 (*supra*, n° 628), qui, toutefois, a jugé, en même temps, que l'acquéreur des biens substitués ne pouvait pas se refuser au payement du prix entre les mains des appelés, après l'abandon, que le grevé leur en avait fait, lorsque l'âge de ce dernier rendait impossible une survenance d'enfant; cette application de l'article 1653 paraissait, en effet, d'autant plus légitime, dans l'espèce, que le grevé était une femme de 84 ans (*voy.* encore l'espèce jugée par la Cour de Paris, 12 janv. 1847, Verneuil, Dev., 1847, II, 82).

Mais l'acquéreur objectait, en outre, devant la Cour de Caen, que, s'il était certain qu'aucun appelé nouveau ne surviendrait, il ne l'était pas qu'aucun des appelés, auxquels l'abandon des biens substitués avait été fait, ne décéderait pas avant la mère, qui avait fait cet abandon.

630.—Et ceci nous conduit à examiner, relativement à l'abandon volontaire fait par le grevé, la même question, que nous avons examinée déjà, relativement à la déchéance prononcée contre lui. (*Supra*, n° 622.)

Quel en est l'effet entre les appelés, auxquels cet abandon a été fait? et, si l'un d'eux vient à mourir sans enfants avant le grevé, la part, qu'il a obtenue dans les biens substitués, demeure-t-elle dans sa succession, pour être transmise à ses successeurs quelconques, légataires ou autres? ou, au contraire, cette part accroît-elle à ceux des appelés, qui ont survécu au grevé?

Question fort controversée, et, en effet, délicate.

Nos anciens auteurs la tenaient déjà pour telle.

« Il reste une question importante, disait Ricard, qui est de savoir si, se rencontrant plusieurs fidéicommissaires appelés conjointement..., cette restitution anticipée, faite par la volonté de l'héritier..., doit faire préjudice et servir de loi, à l'égard des fidéicommissaires entre eux. »

Et il décidait « qu'elle ne peut passer que pour une convention particulière, faite entre lui et celui à qui il restitue, et qui ne peut pas être tirée à conséquence contre les autres fidéicommissaires.... » (*Des Substitutions*, Part. II, n° 32-35.)

Tel était aussi le sentiment de Pothier, qui, toutefois, ne l'exprimait qu'avec hésitation :

« Si la restitution anticipée, dit-il, a été faite à quatre personnes, qui étaient, pour lors, les plus proches de la famille, et qu'il en soit mort trois avant l'accomplissement de la condition de la substitution, celui qui est resté seul, peut-il prétendre les portions des trois prédécédés? il semblerait qu'il le pourrait par les raisons ci-dessus alléguées. Néanmoins, il y a lieu de soutenir qu'il n'y est pas recevable; car, en consentant de recevoir avec les trois autres, il a consenti que la substitution fût ouverte, sans attendre l'accomplissement de la

condition; et il n'est pas recevable à revenir contre le consentement, qu'il a donné. » (Sect. VI, art. Ier, § 2; ajout. Furgole, sur l'article 43 du tit. Ier de l'Ordonnance de 1747.)

La même doctrine compte encore, dans notre Droit nouveau, des partisans considérables.

1° Aux termes de l'article 1053, dit-on, les droits des appelés sont ouverts par l'abandon volontaire, que le grevé leur a fait des biens substitués; et rien, par conséquent, ne s'oppose à la validité de la convention, par laquelle ils partagent, entre eux, ces biens, dont la propriété leur est, dès actuellement, acquise; car, ce n'est point là un pacte sur une succession non ouverte.

2° C'est ainsi que, lorsque les père et mère ont fait, par donation entre-vifs, le partage de leurs biens entre leurs enfants, cette donation demeure valable, malgré le décès de l'un des enfants avant le père ou la mère donateur; et cela, nonobstant l'article 1078, qui porte que le partage doit être déclaré nul pour le tout, s'il n'est pas fait entre tous les enfants, qui existeront à l'époque du décès, et les descendants de ceux prédécédés.

3° On ajoute enfin que, si le partage anticipé des biens substitués revêt ainsi, entre les appelés, le caractère d'une convention aléatoire, par laquelle chacun d'eux assure son propre droit contre la chance de caducité, qui pouvait résulter de son prédécès, en garantissant le droit des autres contre la même chance, c'est le résultat nécessaire de la restitution anticipée, que notre Code autorise; résultat, d'ailleurs, conforme à l'intention du disposant, qui est réputé avoir voulu que le droit des appelés fût ouvert, dès que le droit du grevé cesserait (comp. Caen, 31 janv. 1860, de Grenouville, *Jurisprudence des Cours impériales de Caen et de Rouen*, 1860, t. XXIV; Delvincourt, t. II, p. 406; Vazeille, art. 1053, n° 14; Duranton, t. IX, n° 606; Boissard, *des Substitutions*,

n° 440; Troplong, t. I, n° 2242; Mourlon, *Répét. écrit.*, p. 418; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 203).

631. — Cette argumentation est très-forte; et nous avions incliné d'abord vers la conclusion, qui en résulte.

Mais, pourtant, des doutes sérieux nous arrêtent.

Ne peut-on pas répondre, en effet :

1° En droit, que la convention aléatoire, que l'on suppose entre les appelés, en l'admettant même comme certaine, ne serait pas licite;

2° En fait, que l'existence de cette convention n'est nullement certaine, et que c'est mal à propos qu'on la suppose.

1° Nous croyons avoir établi déjà que les appelés ne peuvent plus, sous l'empire de notre Code, renoncer à leurs droits, ni les modifier par un pacte quelconque, avant l'ouverture de la substitution (*supra*, n° 599).

Or, s'il en est ainsi, comment reconnaître la légalité de cette convention aléatoire, par laquelle chacun d'eux renoncerait, d'avance, aux chances d'accroissement, qui pourraient se réaliser à son profit, jusqu'à l'époque de la mort du grevé.

On se récrie que la substitution est, dès le jour de l'abandon anticipé, définitivement ouverte au profit des appelés alors existants!

Eh bien! donc, nous demandons si, en effet, chacun des appelés est, dès ce jour, mis en demeure de l'accepter ou d'y renoncer; et si l'appelé, qui refuserait de figurer au partage anticipé des biens substitués, devrait être considéré comme renonçant; de manière à ne pouvoir plus réclamer sa part, à l'époque de la mort du grevé?

Nous demandons encore si ce partage anticipé des biens substitués pourrait être fait inégalement; si, par exemple, une part plus forte pourrait être attribuée au

fils, au préjudice de la fille, à l'aîné au préjudice du puîné; et si cette fille ou ce puîné, qui aurait accepté une part plus faible, serait déchu du droit de réclamer, lors de la mort du grevé, toute la part, qui aurait dû lui revenir?

Il nous paraîtrait difficile de répondre affirmativement!

Mais alors, c'est donc que la substitution n'est pas, en effet, définitivement ouverte; car, si elle l'était, chacun des appelés serait tenu de se prononcer pour l'acceptation ou pour la répudiation; de même qu'il pourrait traiter sur son droit, comme il le jugerait convenable;

Or, il ne le peut pas encore, avant le décès du grevé, et malgré l'abandon, que celui-ci a fait des biens substitués;

Donc, l'ouverture de la substitution, qui s'opère par cet abandon, n'est pas, même à l'égard des appelés, entre eux, comparable à l'ouverture, qui s'opère par la mort du grevé.

L'analogie, que l'on a voulu déduire d'un partage d'ascendants fait par acte entre-vifs, ne nous paraît pas détruire cet argument; nous exposerons bientôt cette matière; qu'il nous suffise de constater ici cette différence que le partage d'ascendants s'applique aux biens propres du donateur, c'est-à-dire à des biens, sur lesquels les enfants n'ont aucun droit; tandis que les appelés ont sur les biens substitués des droits, qui ne peuvent pas être compromis, avant l'ouverture de la substitution.

Ainsi, la légalité d'une convention aléatoire, entre les appelés, serait, en droit, très-contestable.

2° Mais, en fait, c'est son existence même, qui nous paraît l'être bien plus encore! Où donc est la nécessité de supposer que les appelés, qui partagent les biens, que le grevé abandonne, forment, entre eux, cette conven-

tion d'*assurance mutuelle!* rien ne nous paraît commander une telle supposition, dans le cas même où le partage est fait, entre les appelés, par le même acte, qui renferme l'abandon; mais il est plus difficile encore de l'admettre, si on suppose que le partage des biens substitués a eu lieu, entre les appelés, par un acte postérieur à celui qui renferme l'abandon fait par le grevé; car, on ne voit pas pourquoi le seul fait d'avoir partagé les biens substitués impliquerait une convention aléatoire, dans le cas d'abandon volontaire; tandis qu'il ne l'implique pas (nous croyons du moins l'avoir prouvé), dans le cas de la déchéance encourue par le grevé (*supra*, n° 622).

Et puis, enfin, si on admet que c'est du partage seulement, que résulte cette convention aléatoire entre les appelés, est-ce que l'on ne méconnaît pas l'article 1053, sur lequel pourtant se fondent les partisans de la doctrine, que nous combattons; car ce ne sera plus de l'abandon fait par le grevé, que résultera l'ouverture de la substitution; ce sera du partage! c'est ainsi que cette doctrine se trouve elle-même finalement en dehors de l'article 1053, qui était, pourtant, son point de départ et sa base!

Voilà nos scrupules; et ils nous portent à croire que le parti le plus juridique est de ne voir, dans l'abandon volontaire fait par le grevé, qu'une ouverture provisoire et conditionnelle de la substitution, qui ne change pas les droits éventuels des appelés, les uns à l'égard des autres (comp. Coin-Delisle, art. 1053, n° 9; Marcadé, art. 1053; Colmet de Santerre, t. IV, n° 212 *bis*, VI).

632. — *b.* — En ce qui concerne les tiers (*supra*, n° 626), l'article 1053 dispose que :

« L'abandon anticipé de la jouissance au profit des ap-
« pelés, ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé
« antérieurs à l'abandon. »

L'article 42 du titre Ier de l'Ordonnance de 1747 ren-

fermait une disposition semblable en termes plus explicites encore; et comme il n'est pas douteux que les rédacteurs du Code Napoléon ont eu l'intention de la reproduire, dans une formule seulement plus abrégée, nous croyons qu'il sera utile de rappeler d'abord l'ancien article 42, que voici :

« La restitution du fidéicommis, faite avant le temps « de son échéance, par quelque acte que ce soit, ne pourra « empêcher que les créanciers du grevé de substitution, « qui seront antérieurs à ladite remise, ne puissent exer- « cer, sur les biens substitués, les mêmes droits et actions, « que s'il n'y avait point eu de restitution anticipée; et ce, « jusqu'au temps où le fidéicommis devait être restitué; « ce qui aura lieu, même à l'égard des créanciers chiro- « graphaires, pourvu que leurs créances aient une date « certaine avant ladite remise. »

On se rappelle que c'est dans l'intérêt des tiers, des créanciers du grevé surtout, que les anciennes substitutions avaient été l'objet des récriminations les plus vives (comp. le tome Ier de ce *Traité*, n° 86); et voilà pourquoi il parut nécessaire de pourvoir à cet intérêt si légitime, par une garantie spécialement énergique, dans cette matière, où il courait le risque d'être souvent compromis!

Tel fut l'article 42 de l'Ordonnance, qui constitue, en effet, une disposition spéciale, et qui déroge, sous certains rapports, aux règles de l'action *Paulienne*. (Comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. II, n° 160.)

Tel est aujourd'hui l'article 1053.

633. — De ses termes il résulte :

1° Que les créanciers du grevé ne sont pas tenus de prouver que l'abandon anticipé, qu'il a fait des biens substitués, est frauduleux;

2° Qu'ils ne sont pas même tenus de le faire révoquer.

C'est-à-dire que, suivant l'ancien article 42, ils peuvent exercer, sur les biens substitués, non-seulement

quant à la jouissance, mais encore quant à la propriété, les mêmes actions *que s'il n'y avait point eu de restitution anticipée;* d'où Furgole concluait, en effet, *qu'ils n'avaient pas besoin de l'attaquer;* conclusion plus conforme, suivant nous, au texte et à l'esprit de l'Ordonnance, que celle qu'en déduisait Pothier, qui a écrit que les créanciers du grevé *peuvent exercer contre le substitué l'action révocatoire....* (*Des Substitutions*, sect. VI, art. 2, § 2.)

Tel nous paraît être le sens de ces mots de notre article : que l'abandon anticipé *ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé;* c'est-à-dire, qu'il devra être, en ce qui les concerne, considéré comme non-avenu (comp. art. 632, 788, 1167; notre *Traité des Successions*, t. III, n° 79; Toullier, t. III, n°s 785-787; Duranton, t. IX, n° 605; Favard de Langlade, *Répert.*; v° *Exhérédation officieuse*, § 1, n° 5; Troplong, t. IV, n° 2245; Colmet de Santerre, t. IV, n° 212 *bis*, VIII).

634. — Mais ne faut-il pas du moins, pour que les créanciers aient ce droit, que ce soit par l'abandon même qu'il a fait des biens substitués, que le grevé se soit mis hors d'état de les payer?

Nous le croyons ainsi, et que, en effet, si le grevé était encore solvable après cet abandon, et qu'il ne fût devenu insolvable que par des événements postérieurs, l'abandon serait opposable à ses créanciers (comp. Pothier, *loc. supra cit.*; notre *Traité des Successions*, t. III, n° 80).

635. — L'article 1053 peut d'ailleurs être invoqué, non-seulement par les créanciers hypothécaires, mais encore par les créanciers chirographaires, pourvu qu'ils soient antérieurs à l'abandon, et, par conséquent, sous la condition, qu'exigeait expressément l'article 42 de l'Ordonnance, et qu'exige virtuellement notre article 1083, que leurs créances aient une date certaine avant l'abandon (art. 1328; Coin-Delisle, art. 1053, n° 10; Troplong, *loc. supra cit.*).

636. — A plus forte raison, l'abandon anticipé, fait

par le grevé, ne pourrait-il pas préjudicier aux tiers acquéreurs des biens substitués!

C'est ce que portait expressément l'article 42 du titre Ier de l'Ordonnance de 1747.

Et si notre Code n'en a pas reproduit la disposition, c'est sans doute à cause de son évidence même!

Aussi, pouvons-nous affirmer aujourd'hui, comme faisait autrefois Furgole (sur l'art. 43), que la restitution anticipée ne peut, en aucune façon, nuire aux tiers acquéreurs; de sorte que leurs droits deviendraient incommutables, dans le cas où les appelés décéderaient avant le grevé. (Comp. Grenier, t. III, nos 367-369; Duranton, t. IX, 605; Coin-Delisle, art. 1053, n° 10.)

637. — III. — Faut-il considérer comme pouvant donner ouverture à la substitution au profit des appelés, les causes de révocation de la donation entre-vifs faite au grevé? (Art. 953.)

Il est évident d'abord que cette question ne peut pas s'appliquer à la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants; car la révocation, dans ce cas, atteint, du même coup, la donation entre-vifs tout entière, celle qui a été faite aux appelés, comme celle qui a été faite au grevé (art. 960); et cette cause, loin d'ouvrir la substitution, la révoque elle-même et l'anéantit!

638. — Mais cette indivisibilité d'effet n'est pas inhérente aux autres causes de révocation de la donation entre-vifs.

On conçoit bien que la donation faite au grevé soit révoquée pour cause d'ingratitude ou pour cause d'inexécution des conditions, sans que la substitution qu'elle renferme soit, pour cela, révoquée elle-même.

Mais, alors, si elle n'est pas révoquée, sera-t-elle ouverte?

Notre Code n'a pas prévu toutes ces questions, ou même, pourrions-nous dire, toutes ces complications; et il n'est pas aisé, dans son silence, de les résou-

dre; aussi sont-elles controversées (comp. *infra*, n° 661).

C'est ainsi d'abord que, sur le point de savoir si l'ingratitude du grevé donataire peut avoir pour résultat d'ouvrir les droits des appelés, plusieurs répondent négativement, et que les biens substitués doivent rentrer dans les mains du donateur (ou de ses héritiers, art. 957), sous la même charge de substitution, d'ailleurs, dont ils étaient affectés dans les mains du grevé. Il semblerait, en effet, logique que le bénéfice de l'action en révocation pour cause d'ingratitude, appartînt, à ceux dans l'intérêt desquels la loi l'a établie; que l'ingratitude du grevé, envers le donateur, ne puisse pas nuire aux appelés, cela est très-juste! mais comment se pourrait-il qu'elle leur profitât, et que la réparation leur fût accordée, à eux, qui n'ont pas ressenti l'offense! (Comp. Duranton, t. IX, n° 600; Marcadé, art. 1052, n° VII.)

Cette doctrine pourtant n'est pas, suivant nous, possible, en présence de l'article 1053, qui porte que les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, *par quelque cause que ce soit*, la jouissance du grevé de restitution cessera; d'où il suit qu'aucun intermédiaire ne peut venir se placer entre le grevé et les appelés!

Tel est si bien l'avis de Coin-Delisle, qu'il en conclut que le donateur ne pourra pas, dans ce cas, exercer l'action en révocation pour cause d'ingratitude contre le grevé; car ce serait, dit-il, une action sans intérêt, et, par conséquent, non recevable (art. 1053, n°s 4 et 5).

Mais ceci est plus grave encore! et comment admettre qu'une telle impunité soit acquise à l'ingratitude du grevé donataire envers le donateur!

C'est à quoi, pour notre part, nous aurions peine à nous résigner.

Il est vrai que, en règle générale, celui-là seul a qualité pour exercer une action, qui y a un intérêt pécuniaire (*supra*, n° 292); mais ne serait-il pas vrai aussi que l'ac-

tion en révocation de la donation entre-vifs pour cause d'ingratitude, a pour intérêt, de la part du donateur, une répression morale? et ne peut-on pas ajouter que le donateur, qui a fait une disposition avec charge de rendre, a qualité pour agir contre le grevé, afin d'obtenir, dans l'intérêt des appelés, l'ouverture de la substitution en vertu de toutes les causes qui peuvent, en effet, l'ouvrir? nous sommes porté à le croire ainsi. (Comp. Vazeille, art. 1053, nos 8, 9; Troplong, t. IV, nos 2238, 2240; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 59; Colmet de Santerre, t. IV, n° 212 *bis;* Saintespès-Lescot, t. V, n° 1751.)

639. — La difficulté que nous venons d'examiner ne se présenterait pas, s'il n'existait encore aucun appelé, au moment où le donateur exercerait l'action en révocation pour cause d'ingratitude contre le grevé; et il est clair que les biens donnés rentreraient alors dans ses mains. (Coin-Delisle, *loc. supra cit.*)

Mais de ce que nous venons de dire, il résulte aussi qu'ils n'y rentreraient que sous la condition de les restituer, de suite, au premier appelé, qui viendrait à naître.

640. — Cette cause d'ouverture anticipée de la substitution ne pourrait pas d'ailleurs modifier les droits respectifs des appelés entre eux; d'où il suit que le règlement définitif n'en pourrait avoir lieu qu'à l'époque de la mort du grevé.

641. — Mais supposons que l'un des appelés se rende lui-même coupable d'ingratitude envers le donateur.

Celui-ci pourra-t-il demander, contre lui, la révocation de la donation?

Assurément, suivant nous!

La révocation pour cause d'ingratitude peut être demandée contre tout donataire (art. 953); or, l'appelé est donataire lui-même, en second ordre, comme le grevé est donataire en premier ordre; donc, il est soumis, comme le grevé, à cette cause de révocation.

Cette conclusion n'est pas moins nécessaire moralement que juridiquement.

Aussi, la révocation pour cause d'ingratitude pourrait-elle être prononcée contre tous les appelés, s'ils s'en étaient tous rendus coupables, aussi bien que contre l'un d'eux.

Mais, dira-t-on, si elle n'est prononcée que contre l'un ou quelques-uns des appelés, voilà une violation de l'article 1050, qui exige que la substitution profite à tous les enfants nés et à naître du disposant!

Nous répondons que ce que l'article 1050 exige, c'est que la substitution soit faite au profit de tous les enfants nés et à naître; mais il n'exige pas qu'elle profite toujours, en définitive, à chacun d'eux; et il n'aurait pas pu l'exiger, sans une violation des autres articles qui gouvernent la matière des dispositions à titre gratuit, dont les substitutions font partie.

Est-ce que, dans le cas où la substitution a été faite par testament, la révocation ne pourrait pas être prononcée, après la mort du testateur, sur la demande de ses héritiers, contre l'un des appelés, pour cause d'ingratitude ou pour cause d'inexécution des conditions?

Sans doute!

Or, on ne voit pas pourquoi la révocation ne pourrait pas être aussi prononcée, pour les mêmes causes, sur la demande du donateur, contre l'un des appelés, quand la substitution a été établie par donation entre-vifs, et que, par une cause extraordinaire, elle s'est ouverte au profit des appelés, du vivant du donateur.

Et, si cette révocation a été, en effet, prononcée contre l'un des appelés, ce n'est pas conditionnellement et pour un temps; c'est absolument et pour toujours; l'article 1050 n'est, en ceci, nullement violé; car la révocation même, que l'appelé a encourue, témoigne qu'il avait recueilli sa part dans la substitution, et que, s'il l'a perdue, c'est par sa faute et par son méfait!

641 *bis*. — En ce qui concerne les tiers, il faudrait appliquer les règles relatives à la révocation des donations entre-vifs pour cause d'ingratitude (art. 958; comp. le t. III de ce *Traité*, nos 695 et suiv.).

642. — Quant à la révocation, qui serait demandée par le donateur contre le grevé, pour cause d'inexécution des conditions, rien de plus simple, au point où nous en sommes.

De deux choses l'une :

Ou les appelés, par eux-mêmes ou par leur tuteur, offrent d'exécuter, à défaut du grevé, les conditions de la donation; et, dans ce cas, la révocation prononcée contre le grevé profite aux appelés, et produit l'ouverture de leurs droits; l'ouverture, disons-nous, provisoire et conditionnelle, jusques à l'époque de la mort du grevé, à laquelle leurs droits respectifs seront définitivement réglés (*supra*, n° 631).

Ou, au contraire, les appelés eux-mêmes refusent d'exécuter les conditions; et, dans ce cas, la révocation de la donation peut être prononcée, contre eux aussi, de même que contre le grevé; d'où il résulte qu'elle anéantit la disposition tout entière, comme aurait pu faire la révocation pour cause de survenance d'enfant (*supra*, n° 637); car il est évident que les appelés ne sont pas plus dispensés que le grevé d'exécuter les conditions sous lesquelles la donation leur a été faite (comp. Coin-Delisle, art. 1053, n° 4; Marcadé, art. 1053, n° 11; Colmet de Santerre, t. IV, n° 512 *bis*, I).

643. — Remarquons seulement, en ce qui concerne cette cause de révocation, qu'elle produit, à l'égard des tiers, créanciers ou acquéreurs, le même effet résolutoire qu'à l'égard du donataire lui-même, contre lequel elle est prononcée (art. 954; comp. le t. III de ce *Traité*, nos 608 et suiv.).

Et, en conséquence, ce n'est point la seconde partie de l'article 1053 qu'il faut appliquer, mais l'article 954.

644. — Ce que nous venons de dire de la révocation pour cause d'ingratitude ou pour cause d'inexécution des conditions, dans le cas où la substitution a été établie par une donation entre-vifs (*supra*, nos 638, 641), doit être appliqué, *mutatis mutandis*, dans le cas où la substitution a été établie par testament.

En conséquence, les héritiers du testateur pourront, aux termes de l'article 1046, exercer contre le grevé l'action en révocation du legs; de manière que, s'il existe déjà des appelés, leurs droits seront provisoirement ouverts; et que, s'il n'en existe pas encore, les biens seront acquis aux héritiers du testateur, à la charge de les restituer au premier appelé, qui pourrait survenir.

Duranton enseigne, toutefois, une doctrine contraire; et, d'après notre savant collègue, la révocation du legs, prononcée contre le grevé, sur la demande des héritiers du testateur, aurait l'un ou l'autre de ces résultats : soit de rendre le legs tout à fait caduc, s'il n'existait pas encore d'appelé; soit de l'attribuer exclusivement aux seuls appelés, qui existeraient à cette époque, sans que ceux-ci fussent tenus de le partager avec leurs frères et sœurs, qui viendraient à naître plus tard. (T. IX, n° 601.)

C'est-à-dire que la disposition en second ordre, au profit des appelés, ne serait alors valable que comme substitution vulgaire; telle est, en effet, la doctrine de Duranton, qui l'applique non-seulement au cas où la disposition en premier ordre au profit du grevé, a été répudiée par lui, mais même au cas où elle a été révoquée contre lui!

Nous examinerons bientôt cette doctrine; et si nous démontrons, comme nous croyons pouvoir le faire, que la répudiation, faite par le grevé, ne détruit pas la substitution fidéicommissaire au profit des appelés, à plus forte raison aurons-nous démontré qu'il en est de même de la révocation prononcée contre lui! car la révocation

implique que le grevé avait accepté la libéralité; et il serait impossible de comprendre comment sa faute personnelle pourrait anéantir ou modifier les droits respectifs, que cette acceptation même avait éventuellement fait acquérir aux appelés! (Comp. *infra*, nos 657, 659; Coin-Delisle, art. 1853, n° 5; Marcadé, art. 1053, n° 7; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 59, 60; Colmet de Santerre, t. IV, n° 212 *bis*, I et IV.)

645. — Nous venons de dire que l'action en révocation pourrait être exercée contre le grevé légataire par les héritiers du testateur.

L'application de cette doctrine ne rencontrera aucune difficulté d'exécution, dans le cas où le grevé, l'enfant ou le frère du disposant, aura renoncé à sa succession; l'action en révocation sera, en effet, exercée par les héritiers, soit par les autres enfants du disposant, soit par ses parents collatéraux.

Mais il n'en sera pas de même dans le cas où le grevé aura accepté la succession du disposant; et il ne paraît pas aussi facile d'appliquer notre doctrine à cette hypothèse.

Voici, toutefois, la solution, qu'elle nous paraît comporter.

De deux choses l'une :

Ou le grevé n'est pas seul héritier du disposant; et alors, la révocation, qui aura été prononcée contre lui, sur la demande des autres héritiers, ayant fait rentrer dans la succession *ab intestat* les biens substitués, il en prendra sa part comme héritier, sous la charge de restitution, dont ils demeurent grevés au profit des appelés; mais, du moins, sera-t-il privé de la portion de ces biens, qui lui avait été léguée par préciput.

Ou le grevé est l'unique héritier du disposant; et alors, il faut bien l'avouer, nous nous trouvons impuissants pour mettre en mouvement, contre lui, l'action en révocation du legs pour cause d'ingratitude ou pour cause

d'inexécution des conditions. Par qui, en effet, cette action pourrait-elle être exercée contre lui, puisque c'est à lui seul qu'elle appartient! (Comp. *infra*, nos 661-662; Colmet de Santerre, t. IV, n° 202 *bis*, IV.)

646. — IV. — D'après une doctrine que nous avons exposée déjà, l'abus de jouissance de la part du grevé, serait une cause d'ouverture de la substitution.

Nous avons entrepris de démontrer que cette doctrine n'est pas exacte (*supra*, n° 576).

Mais, à supposer qu'elle dût être admise, nous ajoutons :

D'une part, que cette déchéance anticipée du grevé ne produirait, suivant nous, entre les appelés, qu'une ouverture conditionnelle et provisoire de la substitution;

Et d'autre part, qu'elle ne serait pas opposable aux tiers, créanciers ou acquéreurs. (Comp. *supra*, nos 621 et suiv.)

647. — V. — Reste enfin la dernière cause d'ouverture extraordinaire de la substitution; à savoir : celle qui peut résulter de l'arrivée du terme ou de la condition, dans le cas où le disposant a fixé, pour la restitution, une époque autre que la mort du grevé, ou qu'il l'a fait dépendre d'un événement incertain, autre que la survie des appelés. (*Supra*, n° 620.)

Cette cause elle-même est aussi contestée; et nous avons examiné la controverse, qu'elle a fait naître. (*Supra*, n° 456.)

Il ne s'agit donc ici que de préciser, en supposant qu'elle fût admise, quels en devraient être les effets, soit à l'égard des appelés, soit à l'égard des tiers.

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, répondent que : « Dans ce cas, la substitution est ouverte, sous tous les rapports, et à l'égard de toutes personnes indistinctement. » (T. IV, p. 58.)

Cette doctrine paraît être aussi celle de Duranton. (T. IX, n° 607.)

Mais nous croyons qu'il est difficile de la concilier avec l'article 1050, qui, en exigeant que la substitution ait lieu au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé, en ajourne nécessairement, suivant nous, jusqu'à l'époque de la mort, le règlement définitif; aussi, notre avis est-il que l'ouverture, qui s'en fait, dans ce cas, du vivant du grevé, n'est, comme dans les autres cas semblables, entre les appelés, jusqu'à l'époque de son décès, que conditionnelle et provisoire. (Comp. Coin-Delisle, art. 1053, n° 6.)

On pourrait plutôt admettre cette doctrine, en ce qui concerne les tiers, qui ne paraîtraient pas fondés à se plaindre de voir leurs droits résolus par cette ouverture de la substitution, puisqu'elle a lieu en vertu d'une cause nécessaire et inhérente à son origine, *secundum judicium defuncti*.

Mais, au moins, faudrait-il, en effet, que cette ouverture prématurée de la substitution fût nécessaire et indépendante de la volonté du grevé; comme, par exemple, la majorité des appelés, ou leur mariage; et nous n'admettons pas le sentiment de Furgole, que, « si le fidéicommis est fait pour être rendu, lorsque le grevé voudra, et qu'il le trouvera à propos, ses créanciers ne peuvent pas se plaindre de la restitution. » (Sur l'article 42 du titre Ier de l'Ordonnance de 1747.)

Il faudrait, au contraire, suivant nous, dans ce cas, appliquer la disposition de l'article 1053, d'après lequel l'abandon anticipé, fait par le grevé, ne peut pas préjudicier à ses créanciers.

II.

De la caducité de la substitution.

SOMMAIRE.

648. — Exposition. — Division.
649. — A. — Du cas où le grevé a recueilli la disposition faite à son profit.
650. — Suite.

648. — La caducité de la substitution doit être examinée dans deux hypothèses, à savoir :

A. Celle, où le grevé a recueilli la libéralité faite à son profit;

B. Celle, où il ne l'a pas recueillie.

Notre Code, il est vrai, n'a prévu que la première; car l'article 1053, en disposant que les droits des appelés seront ouverts, à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance du grevé *cessera*, suppose évidemment que cette jouissance a *commencé*.

Mais la seconde hypothèse, quoique notre Code ne l'ait pas prévue, n'en est pas moins importante; et nous allons voir qu'elle soulève des questions délicates.

Il est donc nécessaire de les examiner successivement.

649. — A. — Supposons d'abord que le grevé a recueilli.

Ce n'est plus alors de lui, de sa personne, que peut provenir la caducité de la substitution; c'est de la personne de l'appelé.

Pothier s'exprimait à cet égard, en ces termes :

« La substitution s'éteint de la part du substitué,

lorsque le substitué meurt avant l'ouverture de la substitution, ou lorsqu'il se trouve incapable de la recueillir, lors de l'ouverture. » (*Des Substitutions*, sect. VII, art. II.)

Tel était, en effet, le principe de notre ancien Droit (comp. art. 20 et 23 du tit. Ier de l'Ordonn. de 1747; et Furgole, sur ces articles).

Tel est encore le principe de notre Droit nouveau. (Comp. Coin-Delisle, art. 1051, n° 45; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 485 et suiv.)

650. — Nous avons déjà remarqué que, régulièrement, la représentation n'est pas admise, en cette matière, et que la substitution devient caduque, dans le cas où tous les appelés sont morts avant le grevé, lors même qu'ils auraient laissé des enfants.

L'article 1051 renferme une exception, qui ne fait que confirmer la règle. (*Supra*, n° 428.)

651. — Que la substitution devienne encore caduque par la répudiation, que l'appelé en fait, après son ouverture, cela est certain. (*Supra*, n° 610.)

Mais il faut, pour cela, qu'elle soit repudiée par tous ceux, qui y étaient appelés.

652. — Est-il nécessaire de dire que la substitution devient caduque par la perte totale des choses, qui en faisaient l'objet. (Art. 1042, 1302; *supra*, 339.)

Nos anciens auteurs, pourtant, n'avaient pas négligé de mentionner cette cause de caducité, pour la plus grande exactitude, sans doute, de l'énumération, qu'ils présentaient des causes, qui peuvent éteindre la substitution.

On peut y ajouter, comme ils le faisaient, le défaut d'accomplissement des conditions particulières, qui y auraient été mises par le disposant; mais il est clair que ce ne sont là que des applications du droit commun. (Comp. L. 22, § 3, ff. *ad Senatusc. Trebellian.*; Pothier, *des Substitutions*, sect. VII, art. 3, § 1-2.)

653. — B. — Voici maintenant notre seconde hypothèse, celle où le grevé n'a pas recueilli la disposition. (*Supra*, n° 648.)

La caducité de la substitution elle-même peut-elle s'ensuivre ?

Il faut distinguer si la disposition a été faite par donation entre-vifs ou si elle a été faite par testament.

654. — Dans le premier cas, il est manifeste que la caducité de la disposition principale, faite au profit du grevé, entraîne la caducité de la substitution, faite au profit des appelés.

Ou plutôt, notre question ne peut même pas naître ; et le mot : *caducité*, ne saurait alors être employé.

Une disposition, en effet, ne peut devenir caduque, qu'autant qu'elle a existé, ou du moins qu'elle aurait pu exister légalement, et qu'elle était susceptible de produire un effet juridique. (*Supra*, n° 297.)

Or, si la donation entre-vifs avec charge de substitution, n'a pas été *recueillie* par celui auquel elle était offerte (et tel est le cas que nous supposons), c'est parce qu'elle n'est pas devenue parfaite; car si elle était devenue parfaite, le donataire en premier ordre, le grevé, aurait été saisi; il aurait *recueilli!* (art. 894, 938), c'est-à-dire que la donation entre-vifs n'a pas pu se former, soit par défaut d'acceptation, ou par quelque autre vice de forme, soit pour cause d'incapacité de disposer, dans la personne du donateur, ou de recevoir dans la personne du donataire.

Et, alors, il nous paraît évident, malgré le dissentiment de Vazeille (art. 1053, n° 4), que l'acte tout entier est vicié dans son principe; qu'il n'y a là qu'un simple projet, à considérer comme n'ayant aucune existence juridique, pas plus pour ceux qui auraient été appelés, que pour celui qui aurait été grevé, si cet acte eût été valable. (Comp. Pothier, *des Substitutions*, sect. VII, art. 1, § 1; Coin-Delisle, art. 1053, n° 11 ; Marcadé, art. 1053, n° 8;

Troplong, t. IV, n° 2248; Colmet de Santerre, t. IV, n° 212 *bis*, IX; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 55.)

655. — Ce n'est donc que dans le cas où la disposition avec charge de substitution, a été faite par testament, que notre question peut s'élever.

Et encore, même dans ce cas, est-il manifeste que si la cause, par suite de laquelle le légataire grevé n'a pas recueilli, affecte le testament tout entier, il faudra dire, du testament lui-même, ce que nous venons de dire de la donation entre-vifs;

Comme si, par exemple, le testateur a révoqué son testament, ou s'il est devenu incapable de disposer à titre gratuit.

C'est ce que remarquait Pothier, qui ajoute que, dans ce cas, ce n'est ni de la part du grevé, ni de la part du substitué, que vient la ruine de la substitution, mais uniquement de la part du substituant. (*Loc. supra cit.*)

656. — De tout ce qui précède, il résulte que la question, qui fait l'objet de notre étude, ne peut s'élever que lorsque la disposition avec charge de rendre a été faite par le testament, et que le testament est valable et non révoqué.

Mais, alors, elle peut s'élever dans deux cas, à savoir:

1° Lorsque le grevé a répudié le legs à lui fait;

2° Lorsqu'il est prédécédé ou incapable.

La substitution, dans ces deux cas, est-elle caduque?

657. — 1° Voici que le grevé répudie le legs en premier ordre, qui lui a été fait.

Que devient le legs qui a été fait, en second ordre, aux appelés?

Trois opinions sont en présence :

a. La première opinion répond que le legs fait aux appelés est entièrement caduc, et qu'il ne vaut ni comme substitution fidéicommissaire, ni même comme substitution vulgaire.

La substitution est une charge accessoire qui implique nécessairement l'existence d'un legs principal.

Or, dit-on, le legs principal est censé, par la répudiation du grevé, n'avoir jamais existé (art .1039, 785);

Donc, il ne saurait y avoir charge d'un legs, là où il n'y a pas de legs. (Comp. Marcadé, art. 1053, n° 8.)

658. — *b*. — D'après la seconde opinion, le legs fait, en second ordre, aux appelés est caduc, en effet, comme substitution fidéicommissaire.

Tel est l'avis de Duranton, qui considère comme impossible de supposer une substitution fidéicommissaire, lorsqu'il n'y a personne qui veuille d'abord recueillir la libéralité pour la remettre ensuite à un autre.

Mais le savant auteur ajoute que ce legs vaudra comme substitution vulgaire; d'où il conclut qu'il sera tout à fait caduc, si, au décès du testateur, il n'existe encore aucun enfant du grevé (art. 906); et que, s'il en existe, le legs ne profitera qu'à eux seuls, sans que ceux qui viendraient à naître ensuite, puissent en rien réclamer. (T. IX, n° 602; ajout. Taulier, t. IV, p. 199, 200 et 203.)

659. — *c*. — Enfin, la troisième opinion, que nous n'hésitons pas à proposer, enseigne que la répudiation, par le grevé, du legs, qui lui a été fait, n'entraîne pas la caducité de la substitution fidéicommissaire, qui doit, au contraire, s'ouvrir à leur profit, avec les mêmes effets, qu'elle aurait produits, si le grevé avait accepté.

Les arguments abondent, suivant nous, pour établir que les deux opinions contraires sont inadmissibles, et que celle-ci est la seule vraiment juridique :

1° La tradition historique est d'abord certaine en ce sens; l'article 27 du titre I de l'Ordonnance de 1747 s'en expliquait en ces termes :

« La renonciation de l'héritier institué, ou du léga-
« taire ou donataire grevé de substitution, ne pourra
« nuire au substitué..... » (Ajout. art. 37.)

Ces articles ne distinguent pas s'il y avait déjà des substitués nés ou conçus au moment de la mort du testateur, ou s'il n'y en avait pas encore. (Comp. Furgole, sur l'article 27 précité; Pothier, *des Substitut.*, sect. VII, art. 1, § 2; Thévenot, nos 1163 et suiv.; Merlin, *Répert.*, v° *Substitut. fidéicommissaire*, sect. XV, § 1, qui rapporte un arrêt du 8 janvier 1784, rendu, en ce sens, sur les conclusions de l'avocat général Séguier contre le comte Stanislas de Clermont-Tonnerre.)

Or, en présence du laconisme de notre Code sur cette matière, quoi de plus naturel que de s'en référer aux règles, qui y étaient observées dans notre ancien Droit!

2° Mais on se récrie que « la disposition de l'article 27 de l'Ordonnance était exorbitante du droit commun, et ne pouvait être justifiée que par l'extrême faveur dont jouissaient alors les substitutions fidéicommissaires. » (Duranton, *loc. supra cit.*)

Il n'en est rien, suivant nous; et, tout au contraire, cette disposition nous paraît conforme aux principes généraux.

Nous ne voyons pas, en effet, par quel moyen on pourrait, soit de forme, soit de fond, faire dériver logiquement de la renonciation du grevé, la caducité de la substitution faite au profit des appelés.

En la forme, le testament, à la différence de la donation entre-vifs (*supra*, n° 658) est valable: il est achevé, *jure perfectum*, indépendamment de toute acceptation de la part du grevé.

Et, quant au fond, ce testament renferme, en réalité, deux legs : l'un, en premier ordre, pour le grevé; l'autre, en second ordre, pour les appelés; c'est, à notre avis, tout à fait se méprendre que de dire que la substitution ne constitue qu'une *charge de rendre* accessoire, qui ne peut pas exister sans un legs principal; et que là où il n'y a pas eu de grevé, il ne saurait y avoir de substitué.

Ricard, dès avant l'Ordonnance, avait déjà répondu que « le codicille, qui renferme la substitution fidéicommissaire, ne laisse pas de subsister, nonobstant la renonciation du particulier y dénommé; et que la disposition, qui est réelle et attachée aux biens, ne doit pas moins avoir son effet, à l'égard du fidéicommissaire... » (*Des Substitutions*, art. 1, chap. III, nos 96, 97.)

Et, depuis l'Ordonnance, Furgole remarquait aussi, fort justement, que, en vertu de la maxime observée en France : *le mort saisit le vif*, « il suffit que l'héritier ait survécu au testateur pour que les fidéicommis soient conservés; et que, si l'héritier répudie, le fidéicommis ne devient pas caduc.... » (sur l'article 26 du tit. I);

Or, d'après les articles 711 et 1014 de notre Code, le légataire a aussi, dès le jour du décès du testateur, et indépendamment de toute acceptation, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause. (*Voy.* l'article 38 du tit. XXXI de *l'Ordonn.* de 1747);

Donc (en admettant même que cette condition soit nécessaire, ce que nous allons examiner *infra*, n° 664), la *substitution* a pu, dans le cas de renonciation du grevé, s'établir, à un certain moment, si court qu'on le suppose, sur l'*institution;*

Donc, au fond comme en la forme, il est impossible que la renonciation du grevé entraîne la caducité de la substitution faite au profit des appelés.

Duranton lui-même convient que si le grevé renonçait, après avoir accepté expressément ou tacitement, sa renonciation ne rendrait pas la substitution caduque; ce qui est évident! puisque, au contraire, l'article 1053 dispose qu'elle en produirait l'ouverture.

Mais, en vérité, n'est-ce pas là une contradiction? qu'importe aux appelés que le grevé renonce avant ou après! peut-il donc dépendre de lui de faire valoir ou d'anéantir, à son gré, la substitution?

3° Ce dernier argument est décisif; et il complète notre démonstration.

Quelle serait, en effet, la conséquence de la doctrine, que nous combattons?

C'est que le grevé, s'il n'avait encore qu'un enfant, au moment du décès du disposant, qui lui a imposé la charge de rendre, pourrait, en renonçant, conférer le bénéfice tout entier de la substitution à cet unique enfant, à l'exclusion des autres enfants, qui lui surviendraient ensuite; ce qui serait, dit très-bien Coin-Delisle, refaire le testament paternel! (Cité *infra.*)

Bien plus! c'est que le grevé, s'il n'avait encore aucun enfant, au moment du décès de l'auteur de la substitution, pourrait rendre tout à fait illusoire cette substitution; ce qui serait détruire le testament paternel!

D'où il résulterait, finalement, que le grevé, s'il était seul enfant du disposant, aurait le facile moyen de mettre à néant la volonté de son père ou de sa mère, qui lui avait légué la quotité disponible avec charge de la rendre à ses enfants nés et à naître; très-facile, en effet, puisqu'il lui suffirait de renoncer au legs, pour conserver, comme héritier, la succession tout entière, désormais affranchie de toute charge! c'est-à-dire que les père et mère, qui n'auraient qu'un enfant, se trouveraient privés de ce moyen d'assurer l'avenir de leurs petits-enfants!

Cela est impossible!

Concluons donc que la renonciation du grevé au legs, qui lui a été fait, n'entraîne pas la caducité de la substitution fidéicommissaire (comp. le tome I de ce *Traité,* n° 185; Toullier, t. III, n°s 793, 795; Coin-Delisle, art. 1053, n° 11; Troplong, t. IV, n° 2247; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 56, 57; Colmet de Santerre, t. IV, n° 212 *bis*, X; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1749).

660. — Et maintenant, de deux choses l'une :

Ou il existe déjà des appelés, au moment de la renonciation du grevé; et dans ce cas, leurs droits sont ouverts

provisoirement, sous la condition du règlement définitif, qui ne pourra avoir lieu qu'après la mort du grevé, entre les appelés existant à cette époque, où la substitution devait seulement s'ouvrir (*supra*, n° 631);

Ou il n'existe pas encore d'appelés; et dans ce cas, rien de plus simple, si le grevé, en même temps qu'il renonce au legs, qui lui avait été fait avec charge de rendre, renonce aussi à la succession du disposant; les biens compris dans la substitution seront alors recueillis, comme les autres biens de la succession, par les héritiers ab intestat; sous la même charge de rendre, qui les aurait affectés dans les mains du grevé, s'il les avait recueillis.

661. — Mais supposons que le grevé, qui renonce au legs, accepte, au contraire, la succession.

Il est évident qu'il ne saurait avoir, comme héritier, sur les biens substitués, plus de droit qu'il n'en aurait eu, comme légataire chargé de les rendre (*supra*, n° 645).

Tout au plus, pourrait-il avoir les mêmes droits, c'est-à-dire recueillir les biens, avec la charge de les rendre; de même que les autres héritiers les auraient recueillis, à son défaut, s'il avait renoncé.

Mais alors que signifierait sa renonciation?

Absolument rien! et elle n'aurait, en aucune manière, modifié sa position.

Or, une telle interprétation ne paraît guère admissible.

Ne faudrait-il pas plutôt décider que le grevé, ayant, par sa renonciation, manifesté la volonté de refuser la position, que le testament lui avait faite, ne saurait pas plus conserver les biens substitués, comme héritier que comme légataire, puisqu'il ne les pourrait conserver, en qualité d'héritier, que sous la même charge qu'en qualité de légataire?

C'est-à-dire qu'une telle renonciation implique, de la

part du grevé, l'abandon de tout droit sur les biens substitués.

D'où il résulte :

1° Que, s'il a des cohéritiers, des frères ou des sœurs, les biens substitués devraient leur accroître exclusivement, sans qu'il puisse en réclamer sa part, comme dans les autres biens de la succession;

2° Que, s'il est seul héritier, les biens substitués seraient à considérer comme vacants, en l'état, et jusques à ce qu'il survienne des appelés ou qu'il soit certain qu'il n'en surviendra pas; et c'est aux magistrats qu'il appartiendrait d'y pourvoir, en nommant, par exemple, un curateur, ou en ordonnant un séquestre. Peut-être même pourrait-on prétendre que les biens substitués devraient, dans ce cas, arriver, *par dévolution*, aux successibles du degré subséquent, comme ils arrivent, *par accroissement*, aux cohéritiers du grevé, quand il en existe (arg. de l'article 786). Mais il nous est difficile d'accepter cette idée d'une seule et même succession, qui se trouverait, à la fois, dévolue aux parents plus proches et aux parents plus éloignés!

Toutes ces déductions, il est vrai, sont exceptionnelles, et peuvent même paraître un peu singulières! mais nous l'avons déjà dit, ce sont là des complications, en effet, singulières et exceptionnelles, que notre législateur n'a pas prévues (comp. *supra*, n° 638; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 56, 57; Colmet de Santerre, t. IV, n° 212 *bis*, IV).

662. — La solution, que nous venons de présenter pour le cas, où le grevé aurait renoncé au legs, qui lui a été fait avec charge de rendre, devrait être, par les mêmes motifs, appliquée au cas où la révocation de ce legs aurait été prononcée contre lui, en vertu de l'article 1046, pour une cause antérieure au décès du testateur, c'est-à-dire pour des méfaits commis envers le testateur lui-même; car c'est là, s'il est permis de dire ainsi,

une renonciation forcée, qui doit être régie, sous ce rapport, par les mêmes règles que la renonciation volontaire (comp. *supra*, n° 644).

663. — 2° Il nous reste à voir si le prédécès ou l'incapacité du grevé, qui rend caduc le legs en premier ordre, entraîne aussi la caducité de la substitution, au préjudice des appelés. (*Supra*, n° 656.)

Cette seconde hypothèse est certainement plus difficile que la première; aussi, parmi les jurisconsultes, qui enseignent que la renonciation du grevé ne rend pas la substitution caduque, plusieurs enseignent qu'il en est, au contraire, différemment de son prédécès et de son incapacité.

Et l'on peut, en effet, invoquer, à l'appui de cette doctrine, des arguments sérieux :

1° On ne saurait, dit-on, concevoir une substitution, s'il n'y a pas eu, à un moment quelconque, si court qu'il soit, coexistence de deux dispositions : l'une, au profit du grevé; l'autre, au profit des appelés;

Or, précisément, le prédécès du grevé ou l'incapacité de recevoir, dont il se trouvait frappé, au moment de la mort du testateur, est un obstacle radical à cette coexistence des deux dispositions !

Voilà bien en quoi le prédécès ou l'incapacité du grevé diffère de sa renonciation; c'est que sa renonciation, qui ne peut avoir lieu qu'après le décès du testateur, n'empêche pas que le legs principal ait existé, et ait pu servir de base, ne fût-ce que pendant un instant de raison, à la disposition en second ordre.

Nul ne voudrait prétendre que la substitution serait valable, si le grevé était décédé ou se trouvait frappé d'incapacité, au moment de la confection du testament; « or, il en doit être de même, lorsqu'il n'est décédé ou n'a été frappé d'incapacité que plus tard, mais avant le décès du testateur, puisque ce n'est que de cette époque, que le testament prend date, quant à ses effets; le décès

ou l'incapacité du légataire en premier ordre forme, en effet, obstacle à ce que le testateur puisse légalement persister dans la volonté d'attacher la charge de conserver et de rendre au legs, dont il l'a gratifié, et ce, contrairement à l'article 906, au profit de personnes, qui ne seraient pas encore conçues au moment de sa mort. »

2° On n'a pas, d'ailleurs, à craindre, dans le cas de prédécès ou d'incapacité du grevé, ce calcul frauduleux, par lequel, dans le cas de renonciation, le grevé pourrait, par son fait, rendre la substitution caduque, tout en conservant les biens comme héritier (*supra*, n° 659).

3° Enfin, on pourrait ajouter que les substitutions, que notre Code autorise exceptionnellement, dans les articles 1048 et suivants, n'ayant d'autre but que de garantir les enfants du grevé contre les suites des prodigalités de leur père et de leur mère, ce danger a disparu par la mort ou l'incapacité du grevé; et qu'il n'y a plus de motif pour admettre cette dérogation aux principes (comp. Duranton, t. IX, n°s 594 et 602; Marcadé, art. 1053, n° 8; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 55, 56).

664. — Ces arguments sont graves; et nous en avons adopté, en effet, la conclusion, quand il s'agit d'une substitution prohibée (comp. le tome I, n° 184).

Mais nous avons annoncé, aussi, que nous ne l'adoptions pas, quand il s'agit d'une substitution permise; et nous croyons devoir persister dans cette doctrine :

1° C'est encore l'autorité de l'ancien Droit, que nous invoquerons d'abord (*supra*, n° 659).

Si, en effet, d'après l'article 26 du titre I de l'Ordonnance de 1747, la caducité de l'institution, résultant du prédécès ou de l'incapacité du grevé, entraînait la caducité de la substitution, c'était seulement dans les provinces de droit écrit, et parce que le testament lui-même tombait par vice de forme, et pour défaut d'institution d'héritier. Aussi, dans nos provinces coutumières, où

l'institution d'héritier n'était pas exigée pour la validité des testaments, on admettait la doctrine contraire, et que *les substitutions*, disait Pothier, *ne peuvent jamais recevoir d'atteinte de la part des légataires, qui en sont grevés*, SOIT QU'IL PRÉDÉCÈDE, *soit qu'il répudie son legs....* » (*Des Substitutions*, sect. VII, art. 1, § 2; comp. Thévenot, nos 1163 et suiv.; Furgole, sur l'article 26 précité de l'Ordonn.)

Or, il est naturel de croire que, dans le règlement des substitutions, qu'ils ont permises, les rédacteurs de notre Code se sont, en cette matière comme dans presque toutes es autres, plus particulièrement inspirés des règles coutumières, dont Pothier, leur guide habituel, se montrait le si ferme interprète.

2° On doit d'autant plus le décider ainsi, que le maintien de la substitution, malgré la caducité de l'institution résultant du prédécès ou de l'incapacité du grevé, est le seul moyen de respecter la volonté du testateur.

Le legs fait avec charge de restitution contient, en effet, deux dispositions très-caractérisées : l'une, au profit du grevé; l'autre, au profit des appelés. Par la première, le testateur préfère, dans une certaine mesure, le grevé aux appelés; et par la seconde, il préfère les appelés à ses héritiers ab intestat.

Voilà la disposition telle qu'il l'a faite et voulu faire, double et complexe!

Et maintenant, de deux choses l'une :

Dira-t-on que la caducité du legs fait au grevé, entraîne absolument la caducité du legs fait aux appelés; de sorte que ce legs ne vaudrait pas même comme substitution vulgaire, et que les biens, qui en font l'objet, appartiendraient aux héritiers ab intestat? mais c'est méconnaître la volonté du testateur, qui a préféré les appelés à ses héritiers!

Dira-t-on que le legs fait aux appelés, ne vaudra que comme substitution vulgaire, au profit seulement des

enfants du grevé, déjà nés ou conçus, au moment du décès du testateur? mais ce n'est pas moins méconnaître la volonté de celui-ci, qui n'a pas fait le legs à quelques-uns seulement des enfants du grevé, à l'exclusion des autres, mais à tous ses enfants sans distinction (art. 1050); cet argument, il est vrai, ne peut pas être produit, dans le cas de prédécès du grevé; mais du moins a-t-il toute sa force, dans le cas où c'est par l'incapacité du grevé, que le legs fait à son profit, est devenu caduc.

Nous avons donc eu raison d'avancer que, si l'on veut respecter la volonté du testateur, il n'y a d'autre parti à prendre que de maintenir le legs qu'il a fait au profit des appelés, avec le caractère indivisible de substitution fidéicommissaire, qu'il lui a donné.

3° Cette solution est-elle donc contraire aux textes ou aux principes ?

Comment cela serait-il possible, quand nous venons de constater que notre ancien Droit l'avait admise? et nous croyons qu'aucun texte ni aucun principe ne s'y oppose non plus, dans notre Droit nouveau.

On objecte l'article 906, et qu'aucune disposition testamentaire ne peut être valable au profit de celui qui n'était pas au moins conçu, à l'époque du décès du testateur !

Mais, précisément, la substitution fidéicommissaire fait exception à cette règle (art. 1048, 1049, 1050).

On se récrie qu'il n'y a jamais eu de substitution fidéicommissaire, puisque le prétendu grevé est prédécédé ou se trouve incapable, à l'époque du décès du testateur.

Eh bien! voilà ce que nous ne concédons pas; et tout au contraire, nous maintenons que le testateur faisait une disposition permise par la loi, lorsque, au moment de la confection de son testament, il faisait à son enfant ou à son frère, alors vivant et capable, un legs, avec charge de restitution à ses enfants nés et à naître;

Or, le legs en second ordre aux enfants nés et à naître, faisait partie de cette disposition permise et valable; il en était l'un des éléments constitutifs;

Donc, il doit valoir, tel qu'il a été fait, au profit des appelés, malgré l'incapacité du grevé; tel qu'il a été fait, disons-nous, c'est-à-dire non-seulement au profit des appelés déjà nés ou conçus, à l'époque du décès du testateur, mais encore au profit des appelés à naître.

On insiste encore; et l'on demande si nous maintiendrions cette solution, dans le cas où le grevé était déjà décédé ou incapable, à l'époque même de la confection du testament.

Nous n'irons pas jusque-là; et c'est en vain que l'on voudrait jeter notre doctrine dans cette exagération.

Ce que nous disons, c'est que la caducité du legs fait au grevé en premier ordre, n'entraîne pas la caducité de la substitution faite au profit des appelés; or, le mot : CADUCITÉ, implique, nécessairement, que le légataire existait, au moins à l'époque de la confection du testament, et que c'est depuis cette époque qu'il est décédé ou devenu incapable. La forme de rédaction des articles 1039 et 1043 ne laisse, à cet égard, aucun doute; et les textes, ainsi entendus, sont conformes aux principes et à la raison.

D'un legs fait à une personne, qui n'a jamais existé, on ne saurait dire qu'il est caduc; un pareil legs est nul et non avenu! la vérité est que, dans ce cas, le testateur n'a pas fait une substitution permise par la loi; et nous n'avons plus, dès lors, à nous préoccuper du maintien et du respect de sa volonté.

Il est vrai que ce n'est qu'à l'époque du décès du testateur, qu'il y a lieu de rechercher si le légataire existe et s'il est capable (art. 906; comp. le t. I de ce *Traité*, n° 715).

Mais ce principe incontestable, et que nous avons nous-même posé, n'empêche pas pourtant qu'il n'y ait

une différence entre le cas où le légataire existait déjà à l'époque de la confection du testament, et le cas où il n'existait pas encore; et nous venons d'en fournir la preuve, d'après nos textes, d'où il résulte qu'il y a seulement caducité dans le premier cas, tandis qu'il y a nullité, plutôt même *inexistence* du legs dans le second cas; de sorte que, sur cette question de savoir si la substitution fidéicommissaire, faite par testament, peut produire son effet au profit des appelés, malgré le prédécès du grevé, nous pouvons dire, avec Justinien, que, du moins, il est nécessaire que le grevé ait existé, à l'époque de la confection du testament.... *ut constiterit institutio.* (Inst. *de hæred. qualit. et differ.*, § 4.)

Cette condition serait donc nécessaire; mais nous croyons aussi qu'elle serait suffisante. (Comp. Toullier, t. III, nos 793, 794; Troplong, t. IV, nos 2246, 2247; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 481; Colmet de Santerre, t. IV, nos 212 *bis*, X et XI; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1750.)

CHAPITRE VII.

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE, OU AUTRES ASCENDANTS, ENTRE LEURS DESCENDANTS.

EXPOSITION GÉNÉRALE — PHILOSOPHIQUE — HISTORIQUE.

SOMMAIRE.

665. — Exposition des motifs d'intérêt privé et d'intérêt public, qui ont fait admettre le partage d'ascendants.
666. — Suite. — Des inconvéniens, qu'il peut présenter.
667. — Suite.
668. — Suite.
669. — *a.* — Du partage d'ascendant en Droit romain.
670. — Suite.
671. — Suite.
672. — Suite.

665. — L'article 1075 est ainsi conçu :

« Les père et mère, et autres ascendants, pourront « faire, entre leurs enfants et descendants, la distribu- « tion et le partage de leurs biens. »

Cette faculté, que notre Code accorde aux ascendants, est désignée, dans la doctrine et dans la jurisprudence, sous le nom abrégé de *partage d'ascendant*. (Merlin, *Répert.*, v° *Partage d'ascendant.*)

Faculté précieuse, que les plus puissantes considérations d'intérêt privé et d'intérêt public conviaient, en effet, le législateur à leur accorder :

1° Elle est, d'abord, un moyen, pour les ascendants, de prévenir, entre leurs enfants, cette cause, hélas ! si fréquente de discordes, que fait naître, dans les familles, le partage des successions ! on sait combien est grande cette épreuve des intérêts contraires, et que souvent les affections les plus étroites y échouent, pour faire place à d'irréconciliables inimitiés ! c'est ce malheur, que l'ascendant aura le moyen d'écarter ; et en maintenant, par

une équitable distribution, la bonne intelligence entre ses enfants.... *ut a fraterno certamine eos præservent,* il les empêchera d'épuiser, en procès, la plus grande partie peut-être de son patrimoine..., *et occasiones litium dirimantur!* (Nov. 18, cap. 7.)

2° Lors même que tous les enfants sont d'accord, le partage paternel peut leur épargner la nécessité d'un partage judiciaire, et des frais qu'il entraîne; nécessité, pourtant, qui serait inévitable, s'il y avait, parmi eux, des incapables.

3° Et puis, l'ascendant connaît bien, lui! les deux éléments corrélatifs, dont la combinaison intelligente peut seule produire, dans un partage, des résultats satisfaisants : d'une part, les besoins, les aptitudes, les goûts de chacun de ses enfants; et, d'autre part, la valeur, la nature, les avantages ou les inconvénients de ses propriétés; et il peut attribuer, à chacun, celles qui sont le plus à sa convenance. Ce n'est pas qu'il ait, à cet égard, une liberté entière; car nous verrons qu'il doit observer la règle du partage, qui exige que les lots soient, autant que faire se peut, composés de biens de même nature, valeur et bonté; mais, du moins, a-t-il, dans cette limite, un pouvoir, dont l'exercice peut être encore très-précieux, pour attribuer à chacun les biens qui lui conviennent.

Le partage d'ascendant, en effet, est essentiellement un partage par voie d'attribution; et, quand on songe combien le procédé ordinaire de la distribution des lots est aveugle, le sort! et qu'il faut bien pourtant s'en remettre à lui, lors même que les plus évidentes raisons de convenance et d'équité solliciteraient, en faveur de l'un des successibles, un lot d'attribution, on ne saurait nier combien est considérable encore, à ce point de vue, la supériorité du partage d'ascendant sur le partage ordinaire! (Comp. notre *Traité des successions*, tome III, n°s 686-688.)

4° Il est encore un avantage, qui distingue le partage par donation entre-vifs.

C'est que l'ascendant peut y trouver la satisfaction de ses convenances et de ses besoins.

Il arrive, en effet, souvent, que, ne pouvant plus, par l'effet de l'âge ou des infirmités, supporter le fardeau de l'administration de ses biens, il veut le remettre aux mains plus jeunes et plus vigilantes de ses successeurs naturels, sous la charge, comme c'est l'ordinaire, d'une rente ou d'une pension.

C'est le conseil de Montaigne : « Je ne veux pas me dépouiller, avant que de m'en aller coucher; mais un père, accablé d'années et de maux, privé, par sa faiblesse, et faute de santé, de la société des hommes, se fait tort et aux siens de couver inutilement ses trésors; il est assez en état, s'il est sage, d'avoir envie de se dépouiller, non pas jusqu'à la chemise, mais jusqu'à une robe de nuit bien chaude; le reste des pompes, de quoi il n'a plus que faire, il doit en étrenner volontiers ceux, à qui, par l'ordre de la nature, cela doit appartenir. »

Quelquefois même, l'ascendant consent à prévenir ainsi une demande en interdiction ou en nomination de conseil judiciaire; et en se rendant aux exhortations de sa famille, il abandonne une fortune compromise dans ses mains.

Enfin, c'est souvent, par le seul penchant de son cœur, qu'il veut devenir le témoin du bonheur de ses enfants, dotés, par sa bienfaisante tendresse, du fruit de ses travaux, afin d'emporter, en mourant, cette consolante espérance, que la bonne harmonie, qu'il a fondée, lui survivra! (Comp. notre *Traité de la Minorité; de la Tutelle; de l'Interdiction*, etc., t. II, n°s 434-435; et le tome I de ce *Traité*, n°s 42-44.)

666. — Voilà les avantages du partage d'ascendant.

Nous devons ajouter, toutefois, qu'il n'est pas exempt d'inconvénients; à ce point même que, si on considère

le grand nombre de décisions judiciaires, qui, depuis la publication de notre Code, et de nos jours encore, s'accumulent dans les Recueils de jurisprudence sur cette espèce de disposition, il serait permis de se demander si elle n'a pas engendré finalement plus de procès qu'elle n'en a prévenu!

La faute en est souvent aux enfants, entre lesquels le partage, même le plus judicieux et le plus égal, ne réussit pas toujours à empêcher les récriminations.

Est-ce un testament, qui apporte à chacun d'eux son lot tout fait? il y a là souvent des espérances déçues et des mécomptes.

Et s'il est fait par une donation entre-vifs, combien de fois n'arrive-t-il pas que des enfants, mécontents de leur lot, n'y donnent qu'une acceptation contrainte, en se réservant de l'attaquer!

Il faut bien aussi que nous avertissions l'ascendant d'un danger, qui est propre au partage entre-vifs : l'ingratitude des co-partagés!

Qui le sien donne avant mourir,
Bientôt s'apprête à moult souffrir.

(Loysel, *Instit. coutum.*, nº 668.)

Voilà même pourquoi nos ancêtres avaient déclaré la démission des biens révocable (comp. le tome I de ce *Traité*, nº 42; et *infra*, nº 686).

667. — Mais n'est-ce pas aussi, quelquefois, à l'ascendant lui-même, qu'il faut imputer l'insuccès de son partage?

Ne voit-on pas, en effet, de ces partages, dont les combinaisons, habilement calculées, n'ont d'autre but que de conférer aux uns des avantages, au détriment des autres!

Pourtant, ceci est bien grave! et M. Berlier n'exagérait pas, lorsque, prévoyant cette hypothèse, il s'écriait :

« Rien de plus louable que le partage d'ascendant entre enfants non avantagés; rien de plus dangereux, rien de plus odieux entre enfants, dont la condition a cessé d'être égale, parce que ce serait presque toujours un moyen de tromper la nature et la loi! » (Fenet, t. XII, p. 412.)

C'est que, en effet, ce mode de disposer se trouve alors perverti! car, au lieu de l'égalité, dont il doit être l'instrument, il favorise l'inégalité, en fournissant aux père et mère le moyen de faire indirectement des avantages, qu'ils n'auraient pas osé peut-être faire directement. Aussi, qu'arrive-t-il, en cas pareil? c'est que les autres enfants sont d'autant plus irrités, que la partialité, dont ils sont victimes, s'est déguisée sous un acte de partage, c'est-à-dire sous une trompeuse apparence d'égalité!

Et alors, au lieu de la concorde, que ce partage devrait produire dans la famille, il n'y produit que des haines et des contestations, plus envenimées encore que celles, qui s'élèvent dans les partages ordinaires.... *ad majores adhuc et sæviores contentiones!* (Nov. 18, cap. VII.)

Ce danger-là est surtout celui des partages testamentaires.

668. — Les deux causes, que nous venons de signaler comme pouvant tromper la prévoyance du législateur, sont des causes, dirons-nous, *de fait*, dont la responsabilité appartient aux infirmités de notre nature et aux passions, dont elle est le jouet!

Il en est deux autres, que nous appellerons *de droit*, et qui peuvent expliquer aussi comment la guerre est sortie si souvent d'une institution, à laquelle on ne demandait que la paix.

C'est que ce sujet lui-même est scientifiquement difficile, et que deux causes, en effet, contribuent à le rendre tel; à savoir :

Les traditions historiques, d'une part, qui ne sont ni constantes ni uniformes;

Et, d'autre part, son propre caractère, qu'il n'est pas aisé de préciser et de définir.

669. — *a.* En Droit romain, le partage d'ascendant paraît ne s'être introduit, vers le temps de Gaius, que par l'usage, avec le progrès des mœurs et de la jurisprudence.

Admis d'abord, comme une conséquence de la puissance paternelle, en faveur des ascendants seulement, auxquels elle appartenait, d'après le droit civil, il fut ensuite étendu à la mère par Constantin, et plus tard, à tous les ascendants par Théodose; et il put dès lors être fait, sans distinction, entre les enfants restés sous la puissance paternelle et les enfants émancipés (comp. L. II, Cod. Theodos., *familiæ erciscundæ;* L. 21, § 1, Cod. de Justin. *De Testamentis*).

Les formes en étaient très-simples; ou plutôt même il ne fut, dans l'origine, assujetti à aucunes formes; et il pouvait être fait par un acte quelconque, écrit ou sans écrit; c'est même afin de prévenir les incertitudes et les procès, qui en résultaient, que Justinien, dans sa Novelle 18, chapitre VII, établit une forme speciale au partage d'ascendant; forme très-simple encore, d'ailleurs, et privilégiée, puisque l'Empereur exige seulement un acte écrit, signé soit de l'ascendant, soit des descendants, et spécifiant, d'une manière précise, les biens attribués à chacun des copartagés.

Rien ne paraît plus clair; et, pourtant, nous sommes là au vif d'une ancienne controverse, dont Furgole a pu dire *qu'il n'y en â pas de plus embrouillée dans les écrits des interprètes....* (*Des testaments*, chap. II, sect. I, n° 30.)

Mais pourquoi donc? c'est que l'on avait, en ce temps, confondu le partage d'ascendant, avec le *testamentum inter liberos*, que Constantin avait établi (Liv. I, Cod. Theod.

famil. ercisc.), et que Justinien confirma dans sa Novelle 107, chap. I, où il s'occupe, en même temps que du testament entre enfants, du partage d'ascendants. Mais l'Empereur, en rapprochant ces deux modes de disposition, ne les confond pas; tout au contraire! il les distingue, et l'on pourrait presque dire qu'il les oppose l'un à l'autre; aussi, le partage d'ascendant, bien antérieur au *testamentum inter liberos*, en a-t-il toujours été distinct.

Ce qui caractérise le testament *inter liberos*, c'est qu'il est valable sans institution d'héritier; mais il ne suppose pas nécessairement un partage; et il peut recevoir toute autre espèce de disposition.

670. — Il en est autrement du partage d'ascendant, qui est un acte *sui generis*, et qui n'a jamais été, nous le croyons du moins, pas plus après qu'avant Justinien, soumis aux formes, même les plus simplifiées, des testaments.

C'est même cette exemption des formes ordinaires, qui constitue, en Droit romain, le privilége des ascendants; d'où résulte encore cette particularité caractéristique, à savoir : que le partage d'ascendant, destitué qu'il était des formes civiles, qui seules pouvaient être attributives de la propriété, ne produisait pas, en effet, par lui-même, cette attribution; il n'était qu'un projet, qui devait être sanctionné par le *Judex familiæ erciscundæ*.

Ce projet de l'ascendant était, il est vrai, obligatoire pour le juge, « .... *familiæ erciscundæ judicio aditum judicem sequi voluntatem patris oportere juris auctoritate significatur.* »

Mais ce texte démontre qu'il fallait l'intervention du juge; et c'était, en effet, son *adjudicatio*, qui transférait aux enfants la propriété des lots formés par le père. (Comp. L. 20, § 3; L. 39, § 1, ff. *famil. ercisc.*; L. 16 et 21, Cod. *famil. ercisc.*)

Ce que nous venons de dire témoigne assez que le par-

tage d'ascendants, chez les Romains, n'était qu'une disposition de dernière volonté; il pouvait arriver, sans doute, que l'ascendant distribuât, de son vivant, ses biens entre ses enfants ; mais il n'y avait là qu'une attribution provisoire toujours subordonnée à sa volonté: *Non simplicem donationem, sed potius supremi judicii divisionem.* (L. 20, § 3, ff. *famil. ercisc.*)

671. — L'ascendant pouvait ne comprendre, dans son partage, qu'une partie de ses biens.

Il n'était pas tenu, d'ailleurs, d'observer l'égalité des lots; et l'enfant, même le plus maltraité, ne pouvait réclamer qu'autant qu'il n'avait pas sa légitime (comp. L. 6, Cod. *De inoffic. Testam.*; L. 16 et 21, Cod. *famil. ercisc.*; Furgole, *loc. supra cit.*, n° 36).

N'en résultait-il pas aussi que l'omission de l'un des enfants n'entraînait pas la nullité du partage, sauf à l'enfant omis le droit de réclamer sa légitime? cette conséquence paraît logique; et les interprètes l'avaient, en effet, généralement admise (comp. Furgole, *Des Testam.*, chap. VIII, sect. I, n° 149).

672. — Plusieurs en déduisaient encore cette conséquence que le partage d'ascendant ne donnait pas lieu à l'obligation de garantie.

Mais cette déduction était controversée.

Et la vérité est que les textes semblent y être contraires (comp. *infra*, n° 682; L. 20, § 3; L. 39, § 5, ff, *famil. ercisc.*; L. 77, § 8, ff. *de Legat.*, 2°; Furgole, chap. VIII, n° 106).

673. — Tel était, en Droit romain, le partage d'ascendant, c'est-à-dire, une opération d'un caractère assez indéterminé; qui n'était pas, en la forme, considérée comme un acte de disposition, mais plutôt de distribution; et qui, même au fond, paraissait laisser subsister la vocation héréditaire des enfants, quoiqu'elle pût renfermer indirectement les préciputs les plus importants.

674. — *b.* Dans notre ancienne jurisprudence, les

provinces de droit écrit suivirent le Droit romain, dans son dernier état, tel qu'il résultait des Novelles 18 et 107 de Justinien (comp. Lebrun, *Des Successions*, Liv. IV, chap. I, n° 11; Domat, *Lois civ.*, Liv. III, tit. I, sect. I).

Toutefois, comme de longues controverses s'étaient élevées sur ces Novelles, par suite de la confusion à laquelle elles avaient donné lieu entre le partage d'ascendant et le *testamentum inter liberos*, l'Ordonnance de 1735 jugea convenable d'en tarir la source; et c'est ce qu'elle fit, en les confondant, en effet, l'un dans l'autre, sous le rapport de la forme.

L'article 17 porte, en effet, que :

« Les actes de partage faits entre enfants et descen-« dants, pour avoir lieu après la mort de ceux qui les « font, dans les pays où ces actes sont en usage, *ne seront « valables, s'ils ne sont pareillement revêtus d'une des for-« mes portées par les deux articles précédents;* et seront, « en outre, observées les autres formalités prescrites par « les lois, coutumes ou statuts, qui autorisent lesdits « actes. »

Or, les deux articles précédents, 15 et 16, réglaient les formes *des testaments entre enfants;* formes d'ailleurs très-simples, et qui consistaient soit dans un acte public reçu par un notaire en présence de deux témoins ou par deux notaires, soit dans un acte privé, entièrement écrit, daté et signé de la main de l'ascendant.

Ces formes générales, qui étaient requises *dans les pays où ces actes étaient en usage*, et, par conséquent, dans les pays de coutume aussi bien que dans les pays de droit écrit, ne dispensaient pas, toutefois, des formes particulières, que pouvaient exiger les coutumes locales.

Elles suffisaient, d'ailleurs, pour donner au partage une existence légale, et indépendante de la sanction du juge, dont l'office n'était plus, comme en Droit romain, nécessaire pour communiquer la force obligatoire aux attributions, qu'il renfermait (*supra*, n° 670).

675. — Mais comme ces formes simplifiées en faveur des partages faits par les ascendants, constituaient pour eux un privilége, il en résultait que les partages ne pouvaient renfermer des dispositions au profit d'autres personnes que des descendants.

C'est ce que décidait l'article 18 de l'Ordonnance de 1735, d'après lequel les dispositions, qui y auraient été faites au profit d'autres personnes, devaient être *regardées comme de nul effet.*

676. — C'est aussi une disposition, qui mérite d'être mentionnée, que celle par laquelle l'Ordonnance de 1735, dans son article 78, exceptait de la prohibition des testaments mutuels ou faits conjointement, les testaments contenant partage par le père et la mère entre leurs enfan s (comp. le t. IV de ce *Traité,* n° 12).

677. — Quant aux provinces coutumières, elles offraient aux ascendants deux moyens de distribuer leurs biens entre leurs enfants, à savoir : le partage d'ascendant et la démission de biens.

De grandes diversités, et des incertitudes plus grandes encore, régnaient d'ailleurs sur l'une et l'autre institution ; et ce n'est pas une œuvre facile que d'en dégager, avec quelque précision, même seulement les traits principaux.

678. — Le partage d'ascendant était autorisé par un grand nombre de coutumes (Bretagne, art. 560; Bourbonnais, art. 216; Nivernais, chap. xxiv, art. 17, etc.); et il avait été admis par la pratique, dans celles des coutumes, qui ne s'en expliquaient pas.

En général, il pouvait être fait par tous les ascendants, mais seulement par les ascendants.

Quelques coutumes (Bretagne, Bourbonnais, Poitou, etc.), restreignaient, il est vrai, cette faculté aux pères et aux mères; tandis que d'autres, au contraire, l'étendaient aux collatéraux. (Amiens, Artois, Péronne, etc.)

Mais la doctrine et la jurisprudence avaient entendu ces mots : *père et mère*, dans le sens générique *d'ascendants*; et quant à la faculté, que certaines coutumes accordaient aux collatéraux, elle était considérée comme exceptionnelle, et n'avait pas été admise par les autres provinces : *Dans les coutumes, qui n'en ont point de disposition formelle*, dit Lebrun, *le partage fait par quelqu'un entre ses héritiers collatéraux, n'a aucun privilége.* (*Des Successions,* Liv. IV, chap. I, n° 11.)

679. — La forme en était, comme dans les provinces de Droit écrit, des plus simples.

Brodeau atteste que : « les partages faits par les père et mère entre leurs enfants, prévenant l'office des arbitres ou experts, sont dispensés des formes, règles et maximes ordinaires, pourvu que la volonté soit certaine. » (Sur Louet, lettre P., n° 24.)

Toutefois, les coutumes de Bourgogne et de Bourbonnais, les seules qui eussent réglé la forme du partage, portaient qu'il pouvait être fait soit en justice, soit par acte public devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins, soit par un acte sous seing privé, écrit, daté et signé de l'ascendant; et telle était la forme généralement observée dans les autres coutumes, qui ne s'en expliquaient pas.

Ajoutons que ces deux coutumes, de Bourgogne et de Bourbonnais, exigeaient, en outre, que l'ascendant survécût, pendant un certain temps, après la confection du partage : de vingt jours, dans la première; de quarante jours dans la seconde.... *Non solum metu suggestionum, sed ne dividens, nimium vicinus mortis, facilè erret in distributione.* (Dumoulin; Bouvot, sur Bretagne, art. 560.) Mais cette condition de survie était devenue la source de beaucoup de simulations et de difficultés; aussi ne s'était-elle pas accréditée dans les autres coutumes (comp. le t. I de ce *Traité*, n° 467).

680. — Le partage était révocable, au gré de l'ascen-

dant, qui pouvait manifester son changement de volonté, soit par un testament, soit même par une simple déclaration écrite; plusieurs coutumes le décidaient ainsi formellement. (Bretagne, Bourbonnais, etc.)

Il paraît, toutefois, que cette règle comportait trois exceptions, et que la révocabilité n'était pas admise:

1° Lorsque le partage était fait par contrat de mariage; du moins en ce qui concernait l'enfant, dans le contrat de mariage duquel il avait été fait;

2° Lorsque les père et mère avaient fait conjointement le partage de leurs biens communs et de leurs biens personnels confondus dans une seule masse; du moins lorsque l'un d'eux était décédé; car ce partage lui-même demeurait révocable par le consentement mutuel des père et mère, tant qu'ils existaient tous les deux;

3° Enfin, lorsque le partage avait été exécuté.

Mais le seul fait de la délivrance des lots suffisait-il pour imprimer ce caractère d'irrévocabilité au partage? quelques jurisconsultes le pensaient ainsi; mais d'autres enseignaient la doctrine contraire, et que l'exécution ne rendait le partage irrévocable, qu'autant que l'ascendant avait déclaré qu'il renonçait à sa faculté de révocation; et cette doctrine nous paraît la plus conforme à l'esprit général de nos coutumes, où nous allons voir que la démission de biens, malgré son exécution actuelle, n'en demeurait pas moins, presque partout, révocable. (*Infra*, n° 686; comp. Auroux des Pommiers, sur Bourbonnais; Boullenois, *Quest.* 17.)

681. — Voici encore un trait, qui mérite d'être signalé dans l'institution coutumière; d'autant plus qu'il la différencie, sous un notable rapport, de l'institution romaine (*supra*, n° 671), à savoir : que le partage devait comprendre tous les enfants et tous les biens de l'ascendant.

Le but du partage d'ascendant, disaient les coutumiers, c'est de prévenir la désunion et les procès, qui

pourraient naître d'un partage fait entre les enfants eux-mêmes; et pour cela, il faut qu'il tienne lieu de ce partage, et qu'il y fasse entièrement obstacle; de manière à ce que, après la mort de leur auteur, les enfants n'aient plus rien à démêler les uns avec les autres; or, il n'y ferait pas obstacle, s'il ne comprenait pas tous les biens, puisqu'il y aurait lieu à partager pour qui n'y auraient pas été compris!

D'où Boullenois, dans sa logique un peu radicale, était tenté de conclure que le partage même, qui avait compris tous les biens appartenant à l'ascendant, lors de sa confection, devenait nul, dans le cas où de nouveaux biens lui étaient survenus depuis (*de la Démission de biens*, p.219); conclusion radicale, en effet, qui annulait, après coup, le partage, même le plus régulièrement fait! aussi, n'avait-elle pas prévalu (comp. Maillart, cout. d'Artois, art. 85; Auroux des Pommiers, sur la cout. de Bourbonnais, art. 216, n° 12; Lebrun, *Des Successions*, liv. IV, chap. I, n° 60; Furgole, *Des Testaments*, chap. VIII, sect. I, n° 165).

682. — Mais le partage d'ascendant laissait-il subsister la vocation légale héréditaire des enfants? n'était-il qu'un acte de distribution, destiné seulement à la réaliser?

Ou devait-on, au contraire, y voir un acte de disposition, susceptible de renfermer des inégalités et des préciputs?

En d'autres termes, les enfants copartagés étaient-ils toujours à considérer comme des *héritiers*, entre lesquels le partage d'ascendant devait donner lieu, comme tout autre partage, à l'obligation de garantie et à la rescision pour cause de lésion?

Ou comme des *légataires*, qui devaient, chacun, se contenter du lot, qui lui avait été fait, sauf à réclamer le supplément de sa légitime, dans le cas où elle aurait été entamée?

C'est ici surtout que nous trouvons le caractère indécis de cette institution, qui semble emprunter alternativement, dans une incessante oscillation, tantôt les règles de la succession légitime, tantôt les règles des dispositions à titre gratuit, sans s'arrêter nettement ni aux unes, ni aux autres ! (Comp. *supra*, n° 673.)

Il paraît bien, toutefois, que c'étaient les règles de la succession légitime, qui en formaient le principal élément.

« *Chacun enfant*, dit Guy-Coquille, *prendra en qualité « d'héritier ; et s'il ne prend qualité d'héritier, il n'aura « rien.* » (Sur Nivernais, *loc. supra cit.*)

Plusieurs coutumes décidaient même, et c'était une règle généralement reçue, que les enfants avaient la saisine légale des portions, qui leur avaient été attribuées par l'ascendant, *bien que l'acte par lequel il la leur a laissée, fût un acte testamentaire ;* c'était l'observation de Lebrun, qui y trouvait la preuve que : « *en ce cas même, les « coutumes ne laissent pas de considérer les enfants comme « héritiers ab intestat des parts et portions, que leur père « leur a léguées.* » (*Loc. supra cit.*, n° 11.)

D'où l'on concluait :

1° Que chacun des enfants était tenu des dettes, suivant sa part héréditaire, et non d'après son émolument, à moins que l'ascendant n'eût fait aussi la répartition du passif ;

2° Qu'ils étaient tenus réciproquement de l'obligation de garantie.

Nous devons remarquer, pourtant, que cette seconde déduction était vivement contestée entre les anciens auteurs :

Les uns n'admettant jamais l'obligation de garantie entre les enfants copartagés (Auroux des Pommiers, sur Bourdonnais, art. 216, n° 37) ;

Les autres distinguant si l'éviction avait eu lieu avant ou après la délivrance des lots, pour l'admettre dans le premier cas, et la rejeter dans le second.

On peut voir une troisième distinction, que Furgole proposait entre le cas où le testament de l'ascendant instituait les enfants héritiers, avant de faire entre eux le partage, et le cas où le testament ne contenait que le partage, sans institution préalable. (Chap. VIII, sect. I, nos 165-167.)

Beaucoup tenaient, néanmoins, au milieu de ces dissidences, pour l'obligation de garantie. (Comp. *supra*, n° 672; Maillart, sur la cout. d'Artois, art. 85; Lebrun, *Des Successions*, liv. IV, chap. I, n° 69; Boullenois, p. 187.)

683. — La question de garantie d'ailleurs se lie à une autre question, non moins importante, à savoir: si le partage fait par l'ascendant était rescindable pour cause de lésion de plus du quart, comme le partage qui aurait été fait entre les enfants?

Cette conséquence eût été sans doute logique; mais elle n'était pas non plus, à beaucoup près, généralement reconnue; et sur ce point, le caractère dispositif de l'attribution, émanant de la volonté de l'homme, luttait vivement contre le caractère distributif, que nous venons d'y reconnaître; et il l'avait même, à vrai dire, emporté.

Ou, du moins, faut-il distinguer entre les coutumes de préciput et les coutumes d'égalité.

Dans les premières, en effet, l'enfant ne pouvait réclamer qu'autant qu'il n'avait pas sa légitime; et encore, même dans ce cas, n'était-ce pas une action en rescision du partage, qui lui était accordée, mais seulement une action en supplément de sa légitime; et voilà comment le partage d'ascendant devenait dispositif, quoiqu'il ne fût pas revêtu des formalités requises pour les actes de disposition.

Ce motif même annonce qu'il n'en était pas ainsi dans les coutumes d'égalité, qui défendaient les avantages entre les enfants; car le partage d'ascendant aurait pu devenir un moyen d'avantager indirectement les uns au

préjudice des autres : « *ne obliqua dispositione, contra juris consuetudinarii regulam, alterius ex hæredibus melior conditio fieret* » (D'Argentré, sur la cout. de Bretagne, art. 256) ; et par suite, dans ces coutumes, le partage fait par l'ascendant était rescindable pour cause de lésion.

Mais pour quelle lésion ?

La conséquence rigoureuse du principe, qui régnait dans les coutumes d'égalité parfaite, aurait peut-être conduit à dire que toute lésion, petite ou grande, aurait dû y être une cause de rescision ; mais, vraiment, c'était rendre impossible le partage d'ascendant ; car le plus judicieux et le plus équitable distributeur des lots ne saurait se flatter d'arriver à l'égalité, en quelque sorte, mathématique ! (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 414.)

L'objection déduite des coutumes d'égalité était, toutefois, si grave, que, dans celles qui étaient muettes sur le partage d'ascendant, plusieurs pensaient qu'elle y faisait obstacle ; tel était l'avis de Guy-Coquille, par le motif *qu'un d'entre les enfants, plus hargneux que les autres, aurait toujours l'occasion de dire l'un des lots être de plus grande valeur ou plus grande incommodité que les autres.* (*Instit. au droit franç.*, p. 126.)

On ne s'y était pas arrêté pourtant, ni dans les coutumes, qui admettaient le partage d'ascendant, ni même dans les coutumes muettes ; et on laissait une certaine marge à l'incertitude et à l'erreur possible des estimations ; c'est ainsi que la coutume de Bretagne, la seule, qui s'expliquât sur ce point, admettait la possibilité d'une lésion d'un sixième ; dans les autres coutumes, on voulait que la lésion eût du moins quelque importance ; et les magistrats avaient un certain pouvoir d'appréciation ; surtout, on regardait à l'intention de l'ascendant, et si l'inégalité du partage était le fait de l'erreur ou de la volonté : « .... *car si c'eût été sciemment et à dessein, que l'auteur du partage y eût introduit des inégalités, ce partage n'eût pas dû faire autorité, parce que la coutume pardonne*

à l'erreur et non à la fraude.... » (D'Argentré, *Cout. de Bretagne, loc. supra*; comp. Hevin, *h. l.*; Boullenois, Quest. V; Ricard, *des Donations*, part. I, n° 1653; Pothier, Introduct. au tit. XVII de la *Cout. d'Orléans, Appendice.*)

684. — Ce que nous venons de dire s'applique à la lésion, qui peut résulter de la valeur estimative des lots.

Ajoutons que l'ascendant devait, en outre, se conformer aux règles ordinaires des partages, quant à l'égale répartition des biens de différente nature, qui composaient son patrimoine.

Il ne pouvait pas, en conséquence, attribuer à l'un ou à quelques-uns d'entre ses enfants tous les immeubles, en n'attribuant aux autres que des objets mobiliers ou de l'argent.

Nous savons bien que cette thèse était aussi controversée; mais quelle thèse ne l'était pas, plus ou moins, dans cette institution incertaine, et qui chancelle, en quelque sorte, toujours sur ces deux bases de la *succession légitime* et de la *disposition testamentaire*, dont ni l'une ni l'autre ne lui prête jamais un appui net et ferme!

Quoi qu'il en soit, cette doctrine a été certainement admise dans les coutumes d'égalité, qui ne pouvaient, en effet, pas plus tolérer cette inégalité-là que toute autre.

« Si un père, dit Boullenois, ayant plusieurs fonds, et de simples deniers d'argent comptant, donnait à l'un tout son argent comptant, et à l'autre tous ses fonds, je croirais que le fils, qui n'aurait que de l'argent, serait en droit, après la mort de son père, de demander part dans les fonds, en offrant de partager les deniers, encore que les deniers, dont le père lui aurait fait le partage, montassent à la valeur des fonds; ma raison est que je ne trouve pas que le père, dans son partage, ait observé l'égalité; étant certain que les deniers comptants n'ont pas la même stabilité que les fonds. » (V, 80.)

Quant aux coutumes, qui n'autorisaient pas d'action

contre le partage de la part de l'enfant, si lésé qu'il fût, lorsque d'ailleurs sa légitime était intacte, du moins voulaient-elles aussi que sa légitime lui fût attribuée en corps héréditaires; et elles maintenaient elles-mêmes, dans cette limite, la nécessité de l'égale répartition des biens de même nature dans les différents lots (comp. Auroux des Pommiers, *loc. supra cit.*).

685. — La démission de biens était, avons-nous dit, un autre moyen encore, par lequel une personne pouvait, dans les provinces coutumières, partager ses biens entre ses futurs héritiers (*supra*, n° 677).

Mais, à la différence du partage d'ascendant, qui constituait un acte de dernière volonté, dont l'exécution ne devait avoir lieu qu'après la mort de son auteur, la démission de biens avait un effet actuel.

Nous en avons esquissé déjà les traits généraux (comp. le tome Ier de ce *Traité*, nos 42-43).

Il nous suffira donc de mettre en relief les points les plus saillants de similitude ou de dissemblance, par lesquels la démission de biens se rapprochait ou s'éloignait du partage d'ascendant, qui fait l'objet de notre étude.

La démission de biens était une sorte d'ouverture anticipée de la succession, qui s'opérait par l'abandon que le démettant faisait, de son vivant, de l'universalité de ses biens à ses héritiers présomptifs.

D'où il suit :

1° Qu'elle pouvait être faite par toute personne capable de laisser une succession et d'avoir des héritiers : non-seulement donc par les ascendants, mais aussi par les collatéraux;

2° Qu'elle devait comprendre tous les héritiers présomptifs du démettant et tous ses biens.

686. — Elle n'était pas d'ailleurs soumise aux formes de la donation entre-vifs; et il suffisait qu'elle fût acceptée, dans un acte quelconque, par les démissionnaires.

Mais leur acceptation était nécesssaire; si bien que,

dans le cas où l'un des héritiers présomptifs était mineur, l'acceptation devait être faite par son tuteur autorisé par les parents.

Ce qui n'empêchait pourtant pas la démission d'être, en général, toujours révocable par la seule volonté du démettant, que l'on avait voulu protéger contre l'ingratitude des démissionnaires. (Comp. Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Démission de biens*.)

Mais est-ce que la démission de biens, ainsi caractérisée, ne devenait pas une donation à cause de mort? et comment l'expliquer dans les provinces coutumières, où ce mode de disposer n'avait pas été reçu? (Comp. le tome Ier, n° 35.)

C'est que, si les coutumes avaient prohibé la donation à cause de mort, c'était dans l'intérêt des héritiers; et, par conséquent, la prohibition n'avait plus de raison d'être, dans le cas où la donation à cause de mort se mettait elle-même, pour ainsi dire, à leur service, pour devancer l'ouverture de la succession!

Nous devons ajouter d'ailleurs que la démission de biens était regardée comme irrévocable dans le ressort de quelques Parlements; mais la vérité est qu'elle y perdait ainsi son caractère propre, et qu'elle devenait une donation entre-vifs ordinaire. (Comp. Taisand, tit. VII, art. 7, note 4, *Cout. de Bourgogne;* Duparc-Poullain, *Princ. de droit franç.*, t. IV, p. 256; Merlin, *Répert.*, v° *Démission de biens;* Décret du 22 ventôse an II, 18e *Question;* Loi du 27 ventôse an IX, art. 10.)

687. — Le démettant pouvait, en même temps qu'il abandonnait ses biens, en faire lui-même le partage entre ses héritiers présomptifs.

Et, dans ce cas, s'élevaient les mêmes questions, que nous avons vues s'élever dans le partage d'ascendant; à savoir : si le partage fait par le démettant était rescindable pour cause de lésion, et s'il donnait lieu à l'obligation de garantie.

D'où il était aussi naturellement advenu que l'on y appliquait les mêmes solutions, dans le cas du moins où la démission de biens, accompagnée de partage, était faite par un ascendant.

En conséquence, dans les coutumes de préciput ou d'inégalité, le pouvoir du démettant n'était limité que par le droit de ses enfants à leur légitime; tandis que, dans les coutumes d'égalité, toute lésion, pourvu qu'elle fût d'une importance appréciable, autorisait une action de la part de celui des enfants, qui l'éprouvait. (Comp. Boullenois, p. 44 et 73.)

Et, quant à l'obligation de garantie, on considérait généralement qu'elle devait résulter du partage fait par le démettant, comme elle serait résultée de celui que les héritiers eux-mêmes auraient fait entre eux; car le démettant était réputé l'avoir fait, pour eux et en leur nom, comme s'il eût rempli l'office du juge. (Comp. Boullenois, p. 187; D'Argentré, sur la *Cout. de Bretagne*, art. 149.)

688. — Reste, enfin, un caractère de cette institution coutumière, qu'il nous paraît intéressant de signaler encore.

C'est que la démission de biens, quoiqu'elle reçût une exécution actuelle, n'avait pourtant qu'un effet conditionnel, ou plutôt même seulement provisoire.

Il ne faudrait pas, en effet, prendre à la lettre ces définitions, qui nous la représentent comme une ouverture anticipée de la succession, par laquelle les démissionnaires seraient devenus, de suite, les héritiers du démettant.

Cela était bien impossible!

« Un héritier étant la continuation de la personne du *de cujus*, dit Pothier, il implique contradiction qu'on puisse être héritier d'un homme, qui est jouissant de son état civil : *nulla est viventis hæreditas.* » (Introd. au titre XVII de la *Cout. d'Orléans*, *Appendice*.)

Aussi n'était-ce que par la mort du démettant, que sa succession s'ouvrait.

D'où cette conséquence, que ce n'était qu'au moment de sa mort, qu'il était possible d'apprécier les droits héréditaires de chacun, comme aussi de vider les difficultés, que le partage fait par le démettant, était susceptible de soulever (Comp. Nouveau Denizart, v° *Démission de biens;* Duparc-Poullain, *sur la Cout. de Bretagne*, article 537; Ferrières, *Dictionn.*, v° *Démiss. de biens*).

C'est ainsi que le lot attribué à un démissionnaire prédécédé, sans laisser d'enfants, accroissait aux lots des démissionnaires survivants; et s'il avait laissé des enfants, c'était, non pas de son chef à lui, mais par représentation, que ceux-ci obtenaient le lot, qui lui avait été attribué (comp. Boullenois, p. 238).

Il en était de la renonciation comme du prédécès; car les démissionnaires, au moment de la mort du démettant, se trouvaient, en face de la succession, dans la même attitude que si la démission n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire avec la faculté de l'accepter, soit purement et simplement, soit bénéficiairement, ou d'y renoncer.

689. — Pareillement, toutes les difficultés relatives au partage fait par le démettant, se trouvaient ajournées jusques à l'époque de sa mort; et les actions, qui pouvaient en naître, ne s'ouvraient qu'à cette époque.

L'un des démissionnaires était-il lésé de plus du quart?

Avait-il sa légitime?

Chacun d'eux avait-il, dans son lot, une part égale de meubles et d'immeubles de même nature?

Toutes questions prématurées, tant que vivait le démettant!

Et il paraît qu'il en était de même de l'action en garantie pour cause d'éviction, quoique, sur ce point, nos anciens jurisconsultes ne se soient pas expliqués avec autant de précision (comp. Boullenois, p. 187; D'Argentré, *sur la Cout. de Bretagne*, art. 149).

690. — Bien plus! on avait mis en question si, dans le cas même où le partage fait par le démettant se trouvait, au moment de sa confection, à l'abri de toute action en rescision par son irréprochable égalité, il ne pouvait pas devenir rescindable, lorsque des accidents fortuits avaient, dans l'intervalle de sa confection à la mort du démettant, produit des inégalités, soit en diminuant la valeur de certains lots, soit en augmentant la valeur de certains autres.

Et si plusieurs tenaient pour la négative, en invoquant le principe, que toute chose est aux risques de celui auquel elle appartient, et que de même qu'elle augmente pour lui seul, c'est pour lui seule aussi qu'elle doit diminuer ou périr (comp. Boullenois, p. 170; Nouveau-Denizart, *loc. supra cit.*);

D'autres, au contraire, ne voulaient pas même excepter les cas fortuits de la règle que tout était à recommencer, à l'époque de l'ouverture de la succession du démettant, si le partage fait par lui ne se trouvait pas conforme non-seulement aux droits héréditaires de chacun, mais encore à la valeur des biens, à cette époque même! (Comp. Ferrières, *loc. supra cit.*)

691. — *c.* La législation intermédiaire, c'est-à-dire la loi du 17 nivôse an II, relative *aux Successions et aux Donations*, avait gardé le silence sur le partage d'ascendant.

Que fallait-il en conclure?

L'avait-elle maintenu? ou l'avait-elle abrogé?

Question semblable à celle qui s'élevait dans le ressort des coutumes d'égalité parfaite, qui avaient aussi gardé le silence sur le partage d'ascendant.

En effet, la loi du 17 nivôse an II défendait, comme ces coutumes, tout avantage, direct ou indirect, au profit de l'un des héritiers.

Et, par conséquent, la même objection, que nous avons vue s'élever, sous l'empire de ces coutumes, s'éle-

vait, sous l'empire de la loi de nivôse, contre le partage d'ascendant, qui peut devenir, par fraude ou par erreur, une cause d'avantages indirects entre les héritiers (*supra*, n° 683).

Aussi, a-t-on soutenu que le partage d'ascendant avait été aboli par la loi du 17 nivôse an II; telle est notamment la doctrine de Genty, qui pense que l'exécution franche et complète de cette loi était incompatible avec la faculté pour le *de cujus*, de faire lui-même le partage de sa succession (*des Partages d'ascendant*, p. 72, n° 62).

Néanmoins, le partage d'ascendant avait fini par être admis, même dans les coutumes d'égalité parfaite, qui ne s'en expliquaient pas (*supra*, n° 683); et notre avis est qu'il y avait lieu de l'admettre par les mêmes motifs, sous l'empire de la loi du 17 nivôse an II (comp. Cass., 11 décembre 1814; Cass., 11 juin 1835, Hartmann, D., 1835, I, 315).

Au reste, après que la loi du 5 germinal an VIII eut abrogé celle du 17 nivôse an II, en permettant d'avantager l'un des héritiers par préciput, l'objection disparut tout à fait; et quoique la loi de germinal fût muette elle-même sur le partage d'ascendant, on n'hésita pas à penser qu'aucun obstacle ne s'y opposait désormais.

692. — Telles sont les traditions historiques de cette matière. (Comp. Grenier, t. I, *Discours historique*, sect. VI et VII; Merlin, *Répert.*, v° *Partage d'ascendant*, et v° *Démission des biens;* Ferréol-Rivière, *Essai historique sur les partages d'ascendant, Revue de législation*, 1847, t. III, p. 406 et suiv.; Genty, *des Partages d'ascendant*, p. 1 à 42; Périer, *des Partages d'ascendant*, Revue crit. de Législat., t. XXII, p. 319; *voy.* aussi l'excellent *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1864, p. 157.)

Il nous a paru d'autant plus utile de les rappeler, que le laconisme de notre Code nous forcera souvent d'y recourir.

Ces traditions elles-mêmes, pourtant, ne nous prêteront pas toujours un secours décisif; car on a pu voir, par le tableau que nous venons d'en présenter, combien elles sont incertaines et quelquefois même contradictoires!

Et c'est là une première cause des difficultés considérables, qui nous attendent encore aujourd'hui dans notre *partage d'ascendant.*

693. — Il en est une seconde, qui réside, avons-nous dit, dans le caractère même de cette institution. (*Supra*, n° 668.)

Il semble, en effet, qu'il y ait, entre la fin qu'elle se propose, et le moyen qu'elle emploie pour l'atteindre, une sorte de désaccord et presque de contradiction.

La fin, le but, que paraît se proposer *le partage d'ascendant*, c'est le règlement des droits héréditaires des enfants; et l'idée, qu'il éveille tout d'abord dans l'esprit, c'est celle d'une distribution réglementaire, en effet, et, pour ainsi dire, déclarative.

Tandis que la voie, le moyen, qui s'y trouve employé, fait naître, au contraire, l'idée d'une disposition translative et attributive!

Déjà, nous avons signalé cet antagonisme dans notre ancienne jurisprudence, où l'on se demandait quel est, au juste, le titre des enfants copartagés, et s'il faut voir, en eux, *des héritiers* ou *des légataires,* quoique, pourtant, le partage d'ascendant ne fût pas alors soumis aux formes solennelles du testament. (*Supra*, n° 682.)

Mais la perplexité va devenir bien plus grande, en présence des articles de notre Code, qui soumettent le partage d'ascendant à toutes les solennités de la donation entre-vifs ou du testament!

On voit de suite, en effet, combien le conflit doit être alors plus déclaré entre les règles de la succession légitime, qui seront applicables, si les enfants copartagés doivent être considérés comme des héritiers, et les règles

des donations entre-vifs et des testaments qui seront, au contraire, applicables, si les enfants doivent être considérés comme des donataires ou des légataires.

Difficile problème, qui ne saurait être tranché, d'une manière absolue, et qui nous forcera de faire, de chaque côté, certaines concessions, pour arriver, s'il se peut, à cette alliance, délicate et périlleuse, entre la succession légitime et la disposition entre-vifs ou par testament, d'où procède la théorie, complexe et mélangée, du partage d'ascendant !

694. — Afin d'y porter le plus de méthode qu'il nous sera possible, nous examinerons successivement les trois points suivants :

I. Quelles sont les conditions requises pour la validité du partage d'ascendant ;

II. Quels en sont les effets ;

III. Quelles sont les actions en nullité, en rescision, ou en réduction, auxquelles il peut donner lieu.

§ I.

Des conditions requises pour la validité du partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

695. — Division.

695. — Les conditions requises pour la validité du partage d'ascendant, sont de trois sortes ; et elles se rapportent :

A. Aux personnes, par lesquelles et entre lesquelles il peut être fait ;

B. A la forme des actes, par lesquels il peut être fait ;

C. Aux biens, qu'il peut comprendre.

A. — *Des personnes, par lesquelles et entre lesquelles le partage d'ascendant peut être fait.*

SOMMAIRE.

696. — C'est aux père et mère, ou autres ascendants, que notre Code accorde la faculté de faire le partage de leurs biens entre leurs enfants et descendants.
697. — Cette faculté pourrait-elle être exercée également par toute personne capable de disposer à titre gratuit? — Un enfant, par exemple, pourrait-il faire le partage de ses biens entre ses père et mère ou autres ascendants? — ou un collatéral entre ses héritiers collatéraux? — ou même un donateur ou testateur étranger entre ses donataires ou légataires?
698. — Suite.
699. — Suite.
700. — Suite.
701. — Suite.
702. — Suite.
703. — Le Code a eu certainement en vue, dans l'organisation de ce mode particulier de disposer, les enfants et descendants légitimes.
704. — Suite. — *Quid*, des enfants adoptifs?
705. — *Quid*, des enfants naturels, légalement reconnus?
706. — Un étranger, c'est-à-dire un autre qu'un enfant, peut-il être compris dans un partage d'ascendant?
707. — *Quid*, de l'acte par lequel un ascendant a distribué ses biens entre ses enfants actuellement existants, et les enfants issus de ces enfants?
708. — Observation générale.

696. — Du texte de l'article 1075, ainsi que de l'intitulé de ce chapitre, il résulte que c'est seulement *aux père et mère*, *ou autres ascendants*, que le législateur accorde la faculté de faire le partage de leurs biens, *entre leurs enfants et descendants*; la faculté, disons-nous, telle qu'il l'a organisée, et avec les effets particuliers, qu'il y attache.

Et de là, en effet, son nom de *partage d'ascendant* (*supra*, n° 665).

697. — Pourtant, c'est en présence de ce texte, que l'on a élevé la question de savoir si cette faculté ne doit pas appartenir aussi à toute personne capable de disposer à titre gratuit.

Pourquoi donc, dit-on, un descendant ne pourrait-il pas faire le partage de ses biens entre ses ascendants, un fils, par exemple, entre ses père et mère ou autres ascendants ?

Ou un collatéral, entre ses héritiers collatéraux, un frère, par exemple, entre ses frères et sœurs, ou un oncle entre ses neveux et nièces ?

Pourquoi même un donateur ou un testateur étranger n'aurait-il pas le droit de faire, entre ses donataires ou ses légataires universels ou à titre universel, le partage des biens, qu'il leur lègue ?

Cette question est complexe ; et il convient de la réduire d'abord à ses véritables termes.

698. — Que toute personne capable de disposer à titre gratuit, puisse faire, par donation entre-vifs ou par testament, telle distribution que bon lui semble, de ses biens entre ses donataires et ses légataires, cela est incontestable.

Et, puisque cette faculté peut être exercée envers des étrangers, à plus forte raison peut-elle être exercée par un parent envers ses futurs héritiers, ascendants ou collatéraux.

« C'est là, dit un ancien auteur, un effet de la règle : *Qui peut le plus, peut le moins ;* car, puisqu'il est permis de disposer, par testament, de ses acquêts même au profit des étrangers, à plus forte raison doit-il être permis au propriétaire de partager ses acquêts entre ses héritiers présomptifs. » (Maillart, *sur la cout. d'Artois,* art. 85.)

Rien ne s'oppose donc à ce qu'un descendant ou un collatéral fasse, entre ses ascendants ou ses collatéraux, le partage de ses biens, par donation entre-vifs ou par testament ; et il est libre de le faire dans les proportions qu'il juge convenables, en s'appliquant, si bon lui semble, à observer exactement, dans sa distribution, la vocation légale héréditaire de chacun d'eux.

Cette disposition sera, disons-nous, valable, en tant

que l'on ne prétendra la considérer que comme une donation entre-vifs ou un testament, renfermant, au profit de chacun des donataires ou légataires, autant d'attributions individuelles, indépendantes les unes des autres.

Et, ainsi envisagée, elle demeurera sous l'empire des règles ordinaires, qui gouvernent la donation entre-vifs ou le legs, sans qu'il soit possible d'y appliquer aucune des règles du partage.

699. — Mais les termes de la question proposée vont plus loin ! (*Supra*, n° 697.)

Ce que l'on demande, ce n'est pas seulement si cette distribution, que le disposant a faite de ses biens, entre ses ascendants, ou entre ses collatéraux, ou entre des étrangers, vaudra comme une donation entre-vifs ou comme un legs ordinaire.

On demande si elle ne vaudra pas comme un partage, et s'il ne faudra pas lui appliquer les règles, qui gouvernent le partage, et que nos articles eux-mêmes appliquent au partage d'ascendant ?

Or, les règles qui, d'après notre Code, gouvernent le partage d'ascendant, sont, comme nous verrons bientôt, principalement celles que voici :

1° Action en nullité du partage pour cause d'omission de l'un des successeurs universels. (Art. 1078.)

2° Action en rescision pour cause de lésion de plus du quart (art. 1079), ou pour inégale répartition, dans chacun des lots, des biens de différente nature ;

3° Action en garantie, pour cause d'éviction.

Eh bien ! donc, ces règles-là sont-elles applicables au partage, qu'une personne, autre qu'un ascendant, aurait fait de ses biens entre ses successeurs légitimes ou testamentaires ?

On a enseigné l'affirmative, et que cette disposition est susceptible de produire, sinon tous les effets, du moins plusieurs des effets du partage d'ascendant ;

1° Les mêmes motifs, dit-on, existent dans les deux cas.

Un collatéral, un frère, par exemple, ou un oncle, peut, en effet, vouloir prévenir les difficultés, qu'il prévoit que le partage de sa succession fera naître après sa mort; ou épargner à ses successeurs, s'il y a, parmi eux, des incapables, les frais d'un partage judiciaire; ou apportionner chacun d'eux, suivant sa position et ses convenances; il peut éprouver lui-même le besoin du repos et vouloir se décharger du gouvernement de son patrimoine; les mêmes considérations, en un mot, qui justifient le partage fait par un ascendant, peuvent justifier le partage fait par un descendant, un collatéral ou tout autre. (*Supra*, n° 665.)

Une telle volonté, sans doute, n'est pas contraire à l'ordre public; et rien ne s'oppose, dès lors, à ce qu'elle soit exécutée.

Cette proposition serait incontestable, si le disposant avait expressément déclaré qu'il entend attacher à sa donation ou à son legs les effets qui résultent du partage d'ascendant : la nullité, par exemple, pour omission d'un de ses successeurs; la rescision pour cause de lésion; ou la garantie;

Or, la volonté tacite a autant de force que la volonté expresse;

Donc, *celui qui déclare faire simplement le partage de ses biens entre ses héritiers, entend, par là même, et sans qu'il soit besoin de s'en expliquer davantage, soumettre sa distribution aux effets généraux du partage*. (Genty, p. 92.)

Telle était, en effet, l'interprétation, que Papinien déduisait d'un tel acte.... *conjectura voluntatis*. (L. 77, § 8, *De Legat*. 2°.)

2° On ajoute que si les articles 1075 et suivants semblent restreindre aux ascendants la faculté de faire ces partages, la cause en est surtout dans l'influence des traditions historiques.

Ce qui constituait autrefois le privilége des ascendants, c'était la dispense des formes solennelles de la donation entre-vifs ou du testament; et voilà pourquoi les collatéraux, auxquels cette dispense n'avait pas été accordée, ne pouvaient pas en profiter. (*Supra*, nos 670 et 675.)

Mais aujourd'hui que les partages d'ascendant sont soumis à toutes les solennités de la donation entre-vifs et du testament, le privilége a disparu! et, par conséquent, rien ne s'oppose à ce qu'un collatéral puisse, comme un ascendant, faire, par donation entre-vifs ou par testament, le partage de ses biens entre ses héritiers présomptifs. Il faut même ajouter que cette faculté, pour les collatéraux, ne rencontre plus, sous notre Droit, l'obstacle qu'elle rencontrait, sous l'ancien Droit, dans les réserves coutumières, par suite desquelles les collatéraux ne pouvaient disposer par testament que d'une faible portion des propres; ce qui explique comment nos anciens, en parlant du partage fait par les collatéraux, ne l'appliquaient d'ordinaire qu'aux acquêts. (Comp. Maillart, sur l'art. 85 de la cout. d'Artois; *supra,* n° 698.)

Il est vrai que, si le partage est fait par un descendant entre ses ascendants, on trouve un obstacle de même nature, puisque les ascendants ont une réserve; et alors, en effet, le partage ne devra porter que sur la portion disponible, sans pouvoir entamer, même indirectement, la réserve; et la seconde partie de l'article 1079 sera inapplicable.

A ce point de vue, il est vrai de dire que les articles 1075 et suivants établissent une prérogative en faveur des ascendants; car, en leur permettant de faire le partage, non-seulement de la portion disponible, mais encore de la réserve, ils autorisent certaines conséquences, qui auraient été, sans cela, impossibles, puisqu'il peut en résulter une atteinte à la réserve.

Mais cette dérogation aux principes, la seule qui caractérise le partage d'ascendant, n'est pas de nature à

empêcher un semblable partage soit par un collatéral, qui n'est gêné, lui! par aucun droit de réserve; soit, à plus forte raison, par un testateur entre ses légataires universels ou à titre universel. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 48, note 5; Genty, p. 90 à 100; *voy.* aussi Caen, 2 déc. 1847, Soynard, Dev., 1849, II, 193.)

700. — Cette doctrine a été généralement rejetée; et nous croyons qu'elle devait l'être :

1° Nos textes d'abord sont formels! ce n'est qu'aux père, mère, ou autres ascendants, qu'ils accordent la faculté de faire le partage de leurs biens; et vraiment, la question, dans ses termes les plus simples, peut même paraître singulière; car elle se réduit à savoir si un *partage d'ascendant* peut être fait par un DESCENDANT ou par un COLLATÉRAL!

Aussi, reconnaît-on que les articles 1075 et suivants ne sauraient être appliqués à la donation entre-vifs ou au testament, par lequel un autre qu'un ascendant aurait déclaré faire le partage de ses biens entre ses successeurs; ce que l'on prétend, c'est que cette déclaration, cette qualification de partage par lui donnée à sa libéralité, doit lui faire produire les mêmes effets qu'un partage d'ascendant; rien ne s'opposant à ce qu'une donation entre-vifs ou un testament ordinaire les produise, si telle a été la volonté du disposant.

Or, dit M. Genty, *la présomption de volonté est, dans ce cas, exactement la même que s'il s'agissait d'un partage d'ascendant!* (P. 94.)

2° Il s'en faut bien! suivant nous; et c'est là précisément que se trouve la différence qui, de tout temps, a porté le législateur à distinguer les ascendants d'avec les collatéraux et tous les autres.

Ce que le législateur présume, lorsqu'il s'agit des ascendants, c'est qu'ils embrassent tous leurs enfants dans une égale tendresse; c'est qu'ils veulent les traiter tous également.

L'égalité! voilà la grande règle des successions en ligne descendante.

Les père et mère, ou autres ascendants, peuvent y déroger, il est vrai, dans une certaine mesure, par des dispositions préciputaires; mais il faut qu'ils le déclarent expressément (art. 843, 919); aussi, lorsqu'au lieu de faire des dispositions par préciput, ils annoncent la volonté de maintenir, par un partage entre leurs enfants, cette égalité, qui est le vœu de leur cœur, comme elle est presque toujours aussi leur devoir, le législateur ne voit, en effet, dans cette œuvre, qu'un acte d'égalité et un vrai partage; à ce point qu'il le redresse ou qu'il l'annule, non-seulement lorsque l'ascendant, par erreur, a commis une inégalité, mais lors même qu'il aurait sciemment voulu la commettre, ou qu'il aurait volontairement omis un de ses enfants! l'ascendant alors n'a pas fait ce qu'il pouvait faire, et il a fait ce qu'il ne pouvait faire! Il pouvait, à la vérité, dans les limites de la portion disponible, disposer par préciput au profit de l'un de ses enfants; mais ce qu'il ne pouvait pas, c'était de faire un partage, et de n'en pas observer les conditions essentielles.

Voilà le partage d'ascendant, et ce qui en fait une institution spéciale, qui ne se confond pas avec la donation entre-vifs ou le testament.

Ainsi considérée, comme elle doit l'être, cette institution n'est donc pas une simple conséquence de la faculté de disposer; et cet argument, sur lequel repose la doctrine contraire, à savoir : que les collatéraux, et tous les autres, qui peuvent disposer par donation entre-vifs ou par testament, doivent aussi pouvoir partager leurs biens comme bon leur semble, entre leurs donataires ou leurs légataires, cet argument, disons-nous, est ruiné dans sa base même!

Oui! sans doute, tous ceux-là peuvent partager leurs biens, comme bon leur semble, par donation entre-vifs ou par testament; mais aussi ne feront-ils, par une telle

disposition, autre chose que des donations entre-vifs ou des legs, et des donataires ou des légataires ; mais point un partage! point des copartagés !

Est-ce que, en effet, il est possible d'affirmer qu'un parent, descendant ou collatéral, embrasse tous ses héritiers présomptifs dans une égale affection, et qu'il a la volonté de les traiter tous également? est-ce que cette égalité est, pour lui, un devoir ?

En aucune manière ! et, par conséquent, la présomption, qui sert de base au partage d'ascendant et à toutes ses conséquences, fait ici complétement détaut.

On objecte que, pourtant, ce descendant ou ce collatéral a qualifié de partage la donation ou le testament, par lequel il a distribué ses biens entre ses futurs héritiers.

Qu'importe ! est-ce que la qualification, que les parties donnent à un acte, en modifie le caractère ? et cet acte, qualifié partage, n'est-il pas toujours une donation entre-vifs ou un testament?

La volonté du disposant était souveraine ; et il n'avait aucun compte à rendre de ses motifs, pas plus que de cette dénomination de partage, dont il lui a plu de se servir.

On convient que, s'il était prouvé que c'est sciemment qu'il a omis l'un de ses successeurs, ou qu'il ne lui a donné qu'une part de beaucoup inférieure à celle des autres, aucune action ni en nullité ni en rescision ne serait possible.

Eh bien! la conséquence en est aussi qu'aucune action n'est possible, lors même que l'on prétendrait que l'omission de l'un de ses héritiers, ou la lésion de l'autre, est le résultat de l'erreur :

D'abord, parce que cette erreur n'est pas une cause légale de nullité de la donation entre-vifs ou du legs ;

Ensuite, parce qu'on ne peut pas affirmer qu'il n'aurait pas fait cette disposition, lors même qu'il aurait su

ce qu'on prétend qu'il a ignoré; nous avons vu que le testament fait par un homme qui n'avait pas d'enfants, n'est pas révoqué même par la survenance d'un posthume, dont il aurait ignoré la naissance; et on voudrait trouver une cause de révocation du testament d'un parent collatéral, dans la circonstance qu'il aurait ignoré l'existence de l'un de ses collatéraux!

Ajoutons que la disposition ainsi faite, à titre de partage, implique nécessairement la dispense du rapport, puisqu'elle exclut le partage, dont le rapport n'est qu'un incident; et que, dès lors, le collatéral, qui, par cette disposition, a voulu avantager l'un de ses héritiers en lui faisant une part plus forte, n'a pas eu besoin de s'en expliquer.

Notre conclusion est donc que la donation entre-vifs ou le testament, par lequel un descendant, ou un collatéral, aurait déclaré partager ses biens entre ses héritiers, ne produit pas les effets d'un partage, et doit être considéré comme une donation entre-vifs, ou comme un legs ordinaire. (Comp. Merlin, *Répert.*, vº *Partage d'ascendant*, nº 8; Grenier, t. III, nº 393, et Ancelot, *h. l.*, note *a;* Duranton, t. IX, nº 617; Vazeille, art 1075, nº 2; Poujol, art. 1075, nº 5; Taulier, t. IV, p. 214; Marcadé, art. 1075; Troplong, t. IV, nº 2296; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 217, 218; Devilleneuve, *Observations*, 1849, II, 193; Colmet de Santerre, t. IV, nº 242 *bis*, I.)

701. — Ce n'est pas que nous prétendions que la donation entre-vifs ou le testament, par lequel une personne ferait la distribution de ses biens entre ses successeurs, ne puisse pas produire les effets d'un partage, si telle est, en effet, sa volonté.

Ce que nous disons, c'est que cette volonté ne doit pas se supposer, et que la preuve n'en résulte pas de la qualification de partage, que le disposant aurait donnée à son acte, ni même de la simple déclaration qu'il aurait

faite, qu'il entendait partager également ses biens entre ses donataires ou ses légataires.

Il faut plus que cela encore, à notre avis ; et nous exigeons que la donation entre-vifs ou le testament manifeste expressément sa volonté de faire produire, à sa disposition, les effets d'un partage.

C'est ainsi, par exemple, que cette disposition ne pourrait être déclarée nulle pour omission de l'un des héritiers du disposant, qu'autant qu'il en aurait lui-même subordonné la validité à la condition que tous les héritiers, qu'il laissera à l'époque de sa mort, s'y trouveront compris. (Art. 1078.)

A plus forte raison, serait-il impossible de priver l'un des donataires ou légataires, nommément désignés, de la part qui lui aurait été faite, sous le prétexte qu'il n'est pas au nombre des héritiers légitimes du donateur ou du testateur !

Pareillement, les inégalités, qui pourraient se rencontrer dans les attributions faites à chacun des donataires ou des légataires, ne pourraient ouvrir une action en rescision pour cause de lésion de plus du quart, qu'autant qu'il s'en serait expliqué. (Art. 1079.)

Et nous en dirions autant de l'obligation de garantie, dont ces donataires ou ces légataires ne nous paraîtraient devoir être tenus les uns envers les autres, que si cette obligation réciproque était elle-même une condition de la libéralité.

Ce sont là des conditions, sans doute, qui n'ont rien de contraire à l'ordre public, et que le disposant peut ajouter à sa donation entre-vifs ou à son legs.

Mais ces conditions ne seront, en effet, que des modalités de la donation entre-vifs ou du legs, procédant, comme la disposition elle-même, de la volonté expresse du donateur ou du testateur.

702. — D'où M. Colmet de Santerre déduit encore cette conséquence que, dans le cas où le disposant aurait

établi, entre ses donataires ou ses légataires, l'obligation réciproque de garantie, la créance, qui en résulterait au profit de l'évincé, ne jouirait pas du privilége dont l'article 2103 a muni, en général, la créance de garantie; les priviléges, en effet, dit notre savant collègue, ne peuvent dériver que de la loi, et la volonté de l'homme est impuissante à les créer. (T. IV, n° 242 *bis*, II.)

Mais, pourtant, le privilége est une qualité de la créance. (Art. 2095.)

Or, il vient d'être prouvé que le disposant peut faire naître la créance de garantie entre ses donataires ou ses légataires.

La conséquence n'en est-elle pas qu'il peut la faire naître telle qu'elle est, avec sa qualité, et, par conséquent, avec son privilége? (Comp. Genty, p. 253.)

La réponse est que cette créance n'est elle-même qu'un legs subsidiaire, qui a pour objet, au lieu de la chose en nature, une indemnité représentative de sa valeur; de sorte que le bénéficiaire évincé est toujours à considérer, en effet, comme un légataire, qui peut bien invoquer l'hypothèque légale établie par l'article 1017, mais qui ne saurait avoir un privilége. (Comp. le t. III de ce *Traité*, n° 544.)

703. — Puisque le partage, dont nous nous occupons, ne peut être fait que *par les père et mère, ou autres ascendants*, il est clair qu'il doit être fait *entre leurs enfants et descendants*. (Art. 1075.)

Et nous pensons que, par ces mots, notre texte désigne les enfants et descendants légitimes (ou légitimés), les seuls, que le législateur a eu, sans doute, en vue dans l'organisation de ce mode de disposer.

704. — Les enfants adoptifs doivent être, d'ailleurs, assimilés aux enfants légitimes. (Art. 350.)

D'où il suit :

Non-seulement que l'enfant adoptif doit être compris

dans le partage, que l'adoptant fait de ses biens entre ses enfants nés en mariage ;

Mais que l'adoptant, qui, sans aucun enfant né en mariage, aurait plusieurs enfants adoptifs, pourrait faire, entre eux, le partage de ses biens, conformément aux articles 1075 et suivants, comme s'il s'agissait d'enfants nés en mariage. (Comp. notre *Traité de l'Adoption ; et de la Puissance paternelle*, n° 153 ; Vazeille, art. 1078, n° 5 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 226 ; Genty, p. 191.)

705. — Quant à l'enfant naturel légalement reconnu, c'est une question controversée de savoir s'il doit être compris dans le partage d'ascendant.

On a enseigné la négative, par le motif principalement qu'il n'est pas *héritier !* (Art. 756 ; comp. Poujol, art. 1078, n° 3 ; Zachariæ, § 729, note 2 ; Duranton, t. IX, n° 635 ; Troplong, t. IV, n° 2324.)

Mais nous avons déjà répondu que, pour n'avoir pas le titre d'*héritier*, il n'en a pas moins un *droit héréditaire*, semblable au droit des enfants légitimes. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 47 *bis*.)

Et cette réponse est, à notre avis, décisive ! (Comp. Vazeille, art. 1078, n° 3 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 226 ; Genty, p. 126, 127 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 246 *bis*, III.)

706. — Bien plus ! il se peut qu'un étranger, c'est-à-dire un autre qu'un enfant, se trouve compris dans un partage d'ascendant ; comme si l'ascendant, ayant légué sa quotité disponible à un tiers, à son conjoint, par exemple, ou à tout autre, lui attribue sa part dans le même acte, par lequel il fait, entre ses enfants, le partage de sa succession. (Comp. Cass., 12 août 1840, de la Frémondière, Dev., 1840, I, 678.)

Il est vrai que, en Droit romain, et dans notre ancien Droit français, aucune disposition ne pouvait être faite, au profit d'un étranger, dans le partage d'ascendant. (L. 21, § 1, *Cod. de Testam.*; Ordonn. de 1735, art. 18.)

Mais c'est que, alors, ce partage n'étant pas soumis aux formes solennelles de la donation entre-vifs ou du testament, constituait un mode privilégié de disposer, dans l'intérêt des ascendants et des descendants. (Comp. *supra*, n°s 670 et 675.)

Tandis que, aujourd'hui, le partage d'ascendant ne jouissant, sous le rapport de la forme, d'aucune prérogative (art. 1076), il n'y a plus de motif pour qu'il ne puisse pas renfermer une attribution, à titre de don et de legs, au profit d'un étranger.

Nous verrons quels peuvent être les effets d'une disposition faite au profit d'un étranger dans un partage d'ascendant.

Ce qu'il nous suffit de constater ici, c'est que, non-seulement cette disposition ne rend pas nul le partage, mais qu'elle est elle-même valable (comp. Genty, p. 100).

707. — Mais voici un homme qui, ayant un ou plusieurs enfants encore existants, et des petits-enfants issus de ces enfants, distribue entre eux ses biens, par un acte entre-vifs ou testamentaire, qu'il qualifie de partage.

Est-ce là, en effet, le partage d'ascendant, tel que notre Code l'autorise?

La doctrine et la jurisprudence sont, sur ce point, fort divisées.

Les savants auteurs du *Traité des Droits d'enregistrement* enseignent l'affirmative, et que la loi n'a en vue que deux choses : la qualité des copartageants et les malheurs des divisions intestines; d'où ils concluent que, soit que la vocation des enfants procède de la loi, soit qu'elle procède de la volonté de l'homme, le père peut exercer la magistrature domestique, dont l'article 1075 l'a revêtu. (Rigaud, Championnière et Pont, t. III, n° 2604, et t. V, n°s 555, 557.)

Nous ne le croyons pas ainsi.

Le partage d'ascendant, que notre Code autorise, est, au contraire, suivant nous, celui-là seul par lequel l'as-

cendant fait la division anticipée de sa succession entre ceux de ses enfants que la loi appelle à la recueillir, après son décès; ce n'est point là, comme on le prétend, une distinction arbitraire! tel a toujours été, en effet, le caractère de cette institution; et voilà pourquoi on dit qu'elle est distributive plutôt que dispositive.

Or, tout autre est le caractère de l'acte par lequel l'ascendant attribue ses biens, non-seulement à ceux de ses enfants ou descendants, qui sont appelés, de leur chef ou par représentation, à lui succéder, mais encore à ceux qui ne peuvent, ni à l'un ni à l'autre titre, venir à sa succession! car, relativement à ceux-ci, l'attribution ne saurait être distributive! elle n'est et ne peut être que dispositive; c'est-à-dire qu'elle constitue une donation entre-vifs et un legs ordinaire, comme si elle avait été faite au profit d'un étranger (*supra*, n° 705); et, par conséquent, cette présomption de la loi que l'ascendant a voulu maintenir l'égalité des vocations héréditaires entre ses enfants, fait alors défaut; car ceux d'entre ses descendants, qui ne sont pas ses héritiers, n'étant que donataires ou légataires, il n'avait aucune égalité à garder; et le lot, qu'il leur a fait, c'est celui qu'il lui a plu de leur faire!

D'où la conséquence qu'il faut appliquer les règles ordinaires de la donation entre-vifs ou du legs; dans le cas, bien entendu, où, comme nous le supposons, les enfants et descendants, entre lesquels l'ascendant a fait cette distribution de ses biens, ne se trouvent pas ses héritiers, à l'époque de son décès.

Voilà pourquoi on a décidé que cette disposition ne peut pas profiter de la réduction de droits établie par la loi du 16 juin 1824, qui ne s'applique qu'au partage fait par un ascendant entre ses héritiers présomptifs. (Comp. Cass., 12 mars 1849, *J. du P.*, 1849, t. II, p. 615; Cass., 11 juill. 1851, Brothier, Dev., 1851, I, 617; Douai, 10 nov. 1853, Lebon, Dev., 1854, II, 417; Tribun.

civil de Mâcon, 28 déc. 1859, Renard, *J. du P.*, 1860, t. I, p. 555; *voy.* pourtant Cass., 30 déc. 1834, l'*Administr. de l'Enregistr.*, Dev., 1835, I, 182; Genty, p. 100 et 129; Devilleneuve, 1854, *loc. supra cit.*)

708. — Nous venons de dire quelles sont les personnes qui peuvent figurer dans un partage d'ascendant.

Cette partie de notre sujet se rattache d'ailleurs, soit aux effets, que ce partage peut produire, soit aux causes de nullité, dont il peut être affecté; et les explications, que nous allons fournir sur ces deux points, seront le complément de celles qui précèdent.

FIN DU VINGT-DEUXIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

DU VINGT-DEUXIÈME VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

LES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

CHAPITRE V.

SECTION VII.

III.

SECTION VIII.

QUATRIÈME PARTIE

CONSACRÉE A CERTAINES DISPOSITIONS, QUI, A RAISON DE LEUR CARACTÈRE ET DE LEUR IMPORTANCE, ONT PARU MÉRITER QUE LE LÉGISLATEUR EN POSAT SPÉCIALEMENT LES RÈGLES.

CHAPITRE VI.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OÙ IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome XXII, art. 1025-1075.)

LIVRE TROISIÈME.

TITRE DEUXIÈME.

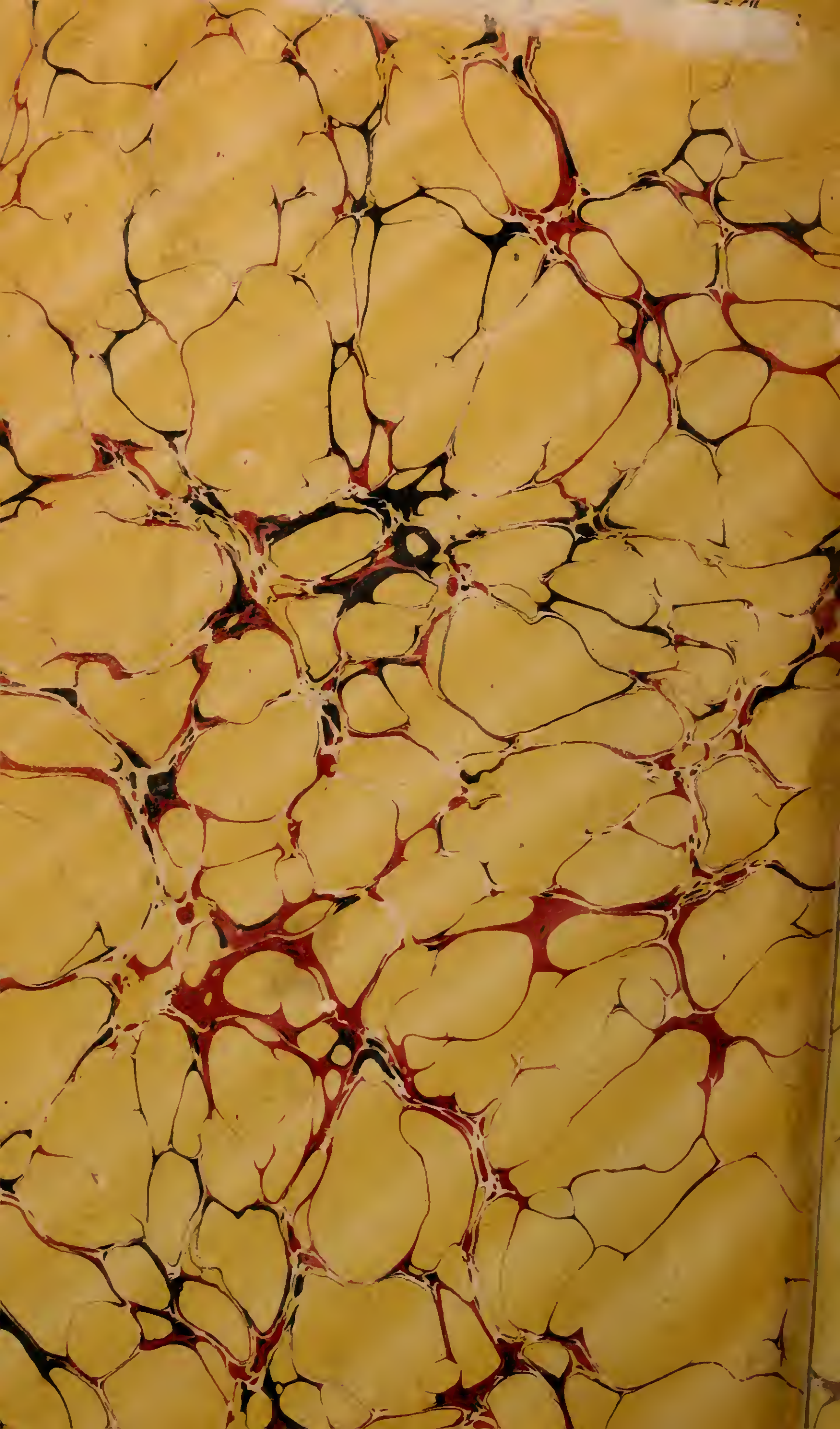
Des Donations entre-vifs et des Testaments.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
1025.	1-18, 25.	1-23, 34.
1026.	35-49.	42-58.
1027.	35-49.	42-58.
1028.	18, 23-24.	24, 32-33.
1029.	20-21.	25-27.
1030.	22, 23.	28-31.
1031.	49-84, 88-89.	59-104, 109-114.
1032.	32, 85-87.	41, 105-108.
1033.	25-31.	35-40.
1034.	90-92.	115-119.
1035.	107-134.	135-164.
1036.	143-173.	166-203.
1037.	174-177.	204-208.
1038.	182-225.	209-264.
1039.	256-261.	298-307.
1040.	261-275.	308-324.
1041.	261-275.	308-324.
1042.	287-297.	338-351.
1043.	276-277.	325-327.
1044.	306-358.	361-399.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
1045.	306-358.	361-399.
1046.	230-253, 300-302.	265-296, 353-355.
1047.	230-253, 300-302.	265-296, 353-355.
1048.	368-381, 387-398.	408-424, 430-445.
1049.	368-381, 387-398.	408-424, 430-445.
1050.	381-382.	425-427.
1051.	383-385.	428-429.
1052.	400-409.	446-457.
1053.	536-574.	601-647.
1054.	516-526.	580-592.
1055.	414-423.	461-471.
1056.	414-423.	461-471.
1057.	424-436.	472-480 *bis*.
1058.	437-445.	482-494.
1059.	437-445.	482-494.
1060.	437-445.	482-494.
1061.	437-445.	482-494.
1062.	445-447.	495-499.
1063.	448-449.	500-501.
1064.	450-452.	502-505.
1065.	453-455.	506-509.
1066.	453-455.	506-509.
1067.	455-459.	510-514.
1068.	459.	515-516.
1069.	460-466.	517-531.
1070.	467-485.	531 *bis*-547.
1071.	465.	529-530.
1072.	467-485.	531 *bis*-547.
1073.	416-485.	464, 547.
1074.	428-485.	475, 547.
1075.	592-631.	665-708.

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

9902. — Imprimerie générale de Ch. Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris.





a39003 008353806b
DATE DUE

